



1

DIREITO PENAL

Parte Geral

Damásio de Jesus

De acordo com a Lei n. 12.234/2010 e as
Súmulas 438 a 444 do STJ e Súmula Vinculante 26 do STF

32^a
edição



**Editora
Saraiva**

DIREITO PENAL

OBRAS DO AUTOR

Código de Processo Penal anotado, Saraiva.

Código Penal anotado, Saraiva.

Comentários ao Código Penal (2 v.), Saraiva.

Direito Penal do Desarmamento; anotações à parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento), Saraiva.

Crimes de trânsito, Saraiva.

Decisões anotadas do Supremo Tribunal Federal em matéria criminal, Saraiva.

Direito penal, 1º volume, Saraiva.

Direito penal, 2º volume, Saraiva.

Direito penal, 3º volume, Saraiva.

Direito penal, 4º volume, Saraiva.

Imputação objetiva, Saraiva.

Lei Antidrogas anotada, Saraiva.

Lei das Contravenções Penais anotada, Saraiva.

Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada, Saraiva.

Novas questões criminais, Saraiva.

Novíssimas questões criminais, Saraiva.

O novo sistema penal, Saraiva.

Penas alternativas, Saraiva.

Prescrição penal, Saraiva.

Questões criminais, Saraiva.

Temas de direito criminal, 1ª série, Saraiva.

Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas, Saraiva.

Damásio de Jesus

DIREITO PENAL

Parte Geral

1º Volume

32ª edição

2011



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesso: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/ROREIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURUR (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurur

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 — Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 — Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 — São Paulo

ISBN 978-85-02-11331-2

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Jesus, Damásio de
Direito penal, volume 1 : parte geral / Damásio de
Jesus. — 32. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil I. Título.

10-11197

CDU-343

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito penal

343

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Cunha

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editora Manuella Santos de Castro

Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Daniel Pavani Naveira

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas
Mônica Landi

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Cecília Deus

Simone Silberschmidt

Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco

Carla Cristina Marques

Capa Roney Camelo

Data de fechamento da edição: 14-10-2010

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

NOTA DO AUTOR À 26.^a EDIÇÃO

Adotamos, a partir da 26.^a edição (2003), a teoria da imputação objetiva, sem abandonar alguns princípios do finalismo, do qual continuamos a sustentar o dolo e a culpa no tipo, o erro de tipo e de proibição etc. Paulatinamente, passamos a introduzi-la, indicando, em primeiro lugar, a solução da doutrina clássica para, depois, colocar os seus princípios. Assim, o leitor terá, em alguns casos, uma visão do nosso pensamento antes e após a adoção da teoria da imputação objetiva.

NOTA DO AUTOR

Nosso manual está adaptado ao finalismo e ao sistema da nova Parte Geral do CP (Lei n. 7.209, de 11-7-1984).

O crime é apresentado como um todo unitário e indivisível, não contendo partes ou elementos. Na imagem de doutrinadores, a infração penal constitui um prisma em que o fato típico e a ilicitude aparecem como faces. Daí considerarmos que o crime possui requisitos e não elementos. Entretanto, por motivos didáticos, tivemos de analisar em separado essas características básicas do fato punível.

A culpabilidade não é elemento ou requisito do crime. O juízo de reprovabilidade não incide sobre o fato, mas sim sobre o sujeito. Não se trata de fato culpável, mas de sujeito culpável. Culpabilidade é um juízo de reprovação que recai sobre o sujeito que praticou o delito. Por isso, conceituamos o crime como fato típico e antijurídico. É o sistema de nossa legislação. Disciplinando as causas de exclusão da ilicitude, nosso Código Penal determina que “não há crime” (art. 23). Assim, a ilicitude caracteriza o delito. Tratando, porém, das excludentes da culpabilidade, considera que o agente é isento de pena (arts. 26, caput, e 28, § 1.º). Logo, não excluem o crime, comportando-se o juízo de censurabilidade como condição da resposta penal. Há outro argumento. Só há receptação quando o objeto material constitui produto de crime (art. 180, caput). Suponha-se que o autor do fato antecedente seja inculpável, presente, v. g., a inimizabilidade por menoridade. Se a culpabilidade fosse elemento ou requisito da infração penal, a sua ausência, em face da menoridade, excluiria o crime anterior, condição típica da receptação. A coisa não seria “produto de crime”. E, não havendo delito antecedente, o fato subsequente seria atípico. Determina o Código Penal, porém, que o fato é punível ainda que não culpável “o autor do crime de que proveio a coisa” (art. 180, § 2.º; grifo nosso). Confirmação de que a culpabilidade não é requisito do delito.

No plano do fato típico, há análise detalhada das teorias naturalística, social e finalista da ação, com ampla exposição dos reflexos da doutrina de Welzel nos domínios do tipo, ilicitude e culpabilidade.

Adotamos a teoria finalista da ação. Diante disso, adaptamos nosso manual aos postulados do finalismo.

Dolo e culpa, que na doutrina tradicional aparecem como integrantes da culpabilidade, são apresentados como elementos do tipo. Sua ausência, que antes excluía a culpabilidade, na verdade retira a tipicidade da conduta. Assim, incidente o erro de tipo, há exclusão do fato típico por inexistência de dolo (elemento subjetivo do tipo). Cuida-se de dolo natural, despido da consciência da antijuridicidade, deslocada para a culpabilidade. Quanto à culpa, é ela analisada em capítulo específico, uma vez que seus elementos se refletem no tipo e na culpabilidade. O cuidado objetivo necessário e a previsibilidade objetiva são elementos do tipo culposos. A previsibilidade subjetiva é requisito da culpabilidade do crime culposos. Em face disso, a observância do dever de diligência necessária e a imprevisibilidade objetiva excluem a tipicidade do fato. A imprevisibilidade pessoal exclui a culpabilidade. Há exposição detalhada dessa matéria.

A culpabilidade, em função de sua natureza, não integrando as características do fato punível, não é estudada na teoria geral do crime. Abrimos para ela um título especial situado entre a doutrina do delito e a da pena.

São apresentadas as teorias da culpabilidade: psicológica, psicológico-normativa e normativa pura. A censurabilidade, como puro juízo de valoração que incide sobre o sujeito que praticou o crime, não tem nenhum elemento psicológico, que passa a integrar o tipo penal.

O juízo de reprovabilidade possui três elementos: imputabilidade, potencial conhecimento da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa. O dolo e a culpa, que representavam componentes psicológico-normativos junto ao juízo de censura, passaram à categoria de características da figura típica, substituídos pela potencial consciência da ilicitude. Esta é a possibilidade de o sujeito conhecer o caráter ilícito, de seu comportamento, não se exigindo, como ocorreria no dolo normativo, real e atual ciência pessoal da antijuridicidade da conduta.

São abordadas as teorias a respeito da posição sistemática da consciência da ilicitude: teoria extrema do dolo, limitada do dolo, extrema da culpabilidade e limitada da culpabilidade (adotada pela reforma penal de 1984).

Nas causas de exclusão da culpabilidade, no lugar do antigo erro de fato propriamente dito, aparece o erro de proibição, ligado à potencial

consciência da ilicitude. O erro de proibição é o reverso da consciência da antijuridicidade. Levado a escusável erro sobre o caráter proibido do comportamento, o sujeito não age conhecendo a ilicitude do fato, ficando excluída a culpabilidade. Isso ocorre em suas três formas: a) erro ou ignorância de direito; b) suposição da existência de norma permissiva, excludente da ilicitude; c) discriminantes putativas. As discriminantes putativas são tratadas como erro de tipo ou de proibição, conforme derivado o erro da má apreciação das circunstâncias concretas ou dos requisitos normativos da causa de justificação.

As causas excludentes da antijuridicidade passam a exigir elemento subjetivo. Na doutrina tradicional, as discriminantes têm característica objetiva, bastando, para a sua incidência, a satisfação de seus requisitos normativos. A legítima defesa, v. g., existe por si só, independentemente da intenção do sujeito. Na posição agora adotada, ao contrário, é preciso que realize o fato consciente das exigências de justificação. Suponha-se que pretenda matar a vítima por vingança, realizando a conduta homicida a tiros de fuzil no exato momento em que ela está na iminência de, injustamente, golpear mortalmente terceira pessoa. Nos termos da teoria comumente aceita, a legítima defesa aproveita. Para o finalismo, porém, ausente a intenção de defesa, subsiste o crime de homicídio. É a solução que nos parece, hoje, mais correta. As excludentes da ilicitude exigem que o agente realize a conduta para se defender, para salvar-se etc. Fora daí, subsiste o crime. Essa orientação atende ao nosso Código Penal, que, no estado de necessidade, determina a presença de um elemento subjetivo, contido na condição de que a conduta seja realizada “para” a salvaguarda de direito próprio ou alheio (art. 24).

Não temos a pretensão da originalidade. As ideias centrais de nosso manual foram coligidas nas obras de vários autores. É muito difícil apresentar um pensamento que já não foi exposto por algum penalista. Por isso, tivemos o cuidado de indicar nas notas de rodapé os textos básicos que nos serviram de fonte.

Não nos consideramos penalista. Somos simples estudioso do Direito Penal, que sempre foi nossa paixão. Se nosso manual tem algum valor, está em apresentarmos com palavras simples aquilo que muitas vezes vem exposto de forma complicada.

São Paulo, janeiro de 1985.

ÍNDICE GERAL

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

I — INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

CONCEITO DE DIREITO PENAL

1. Noções fundamentais	45
2. Função de tutela jurídica	46
3. Denominação	46
4. Definição	47
5. Caracteres do Direito Penal	47
6. Conteúdo do Direito Penal	49
7. Direito Penal objetivo e subjetivo	49
8. Caráter dogmático	50
9. Direito Penal comum e especial	50
10. Direito Penal material e formal	51
11. Princípios fundamentais do Direito Penal	51
a) Princípio da legalidade ou da reserva legal	51
b) Princípio da proibição da analogia “in malam partem”	51
c) Princípio da anterioridade da lei.....	51
d) Princípio da irretroatividade da lei penal mais severa	52
e) Princípio da fragmentariedade.....	52

f) Princípio da intervenção mínima.....	52
g) Princípio da ofensividade.....	52
h) Princípio da insignificância.....	52
i) Princípio da culpabilidade.....	53
j) Princípio da humanidade.....	53
l) Princípio da proporcionalidade da pena.....	53
m) Princípio do estado de inocência.....	53
n) Princípio da igualdade.....	54
o) Princípio do “ne bis in idem”.....	54

CAPÍTULO II

FONTES DO DIREITO PENAL

1. Fonte de produção ou material e fontes de conhecimento ou formais	55
2. Da lei ou norma penal: fonte formal imediata.....	56
a) A técnica legislativa do Direito Penal	56
b) Binding e a norma penal	58
c) Classificação das normas penais	60
d) Caracteres das normas penais	60
1. Exclusividade	60
2. Imperatividade	60
3. Generalidade	61
4. Abstrata e impessoal	63
3. Da norma penal em branco	63
a) Conceito	63
b) Classificação	64
4. A integração da norma penal	66
a) As lacunas da lei penal	66
b) Direito Penal e direito de exceção	68
c) Integração da norma penal: critério de admissão	69
5. Fontes formais mediatas	69
a) O costume	69
1. Conceito	69

2. Elementos	70
3. Espécies	70
b) Os princípios gerais do direito	71
6. Formas de procedimento interpretativo	72
a) A equidade	72
b) A doutrina	72
c) A jurisprudência	73
d) Os tratados e convenções	73

CAPÍTULO III

INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

1. Conceito	75
2. Necessidade de interpretar as leis	75
3. Natureza da interpretação	76
4. Espécies de interpretação	76
a) Quanto ao sujeito que faz	76
1. Interpretação autêntica	77
2. Interpretação doutrinária	79
3. Interpretação judicial	79
b) Quanto aos meios empregados	79
1. Interpretação gramatical, literal ou sintática	80
2. Interpretação lógica ou teleológica	80
c) Quanto ao resultado	82
1. Interpretação declarativa	82
2. Interpretação restritiva	83
3. Interpretação extensiva	83
5. Critérios de aplicação da interpretação restritiva e extensiva ..	84
6. O princípio “in dubio pro reo” em matéria de interpretação da lei penal: conclusões	86
7. Interpretação progressiva	87
8. Interpretação analógica	88
a) Conceito	88
b) Diferença entre interpretação analógica e analogia	88
c) A interpretação analógica e o CP brasileiro	88

CAPÍTULO IV

DA ANALOGIA

1. As lacunas da lei penal	91
2. Conceito e natureza jurídica	92
3. Fundamento	93
4. Requisitos e operação mental	93
5. Analogia, interpretação extensiva e analógica	94
6. A questão da terminologia	95
7. Espécies de analogia	95
8. Emprego da analogia	96

II — DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

CAPÍTULO V

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1. Fundamentos	103
2. Aspecto político	103
3. Histórico	104
4. Exceção e reações ao princípio legalista	105
5. O princípio da legalidade e a anterioridade da lei	106

CAPÍTULO VI

ÂMBITO DE EFICÁCIA DA LEI PENAL

Noções introdutórias	109
----------------------------	-----

CAPÍTULO VII

ÂMBITO DE EFICÁCIA TEMPORAL DA LEI PENAL (DA EFICÁCIA DA LEI PENAL NO TEMPO)

1. Nascimento e revogação da lei penal	111
2. Conflitos de leis penais no tempo: princípios que regem a matéria	114

3. Hipóteses de conflitos de leis penais no tempo	117
4. “Abolitio criminis”, “novatio legis” ou lei supressiva de incriminações: a lei nova suprime normas incriminadoras	118
a) Conceito	118
b) Fundamento	118
c) Natureza jurídica	119
d) Exemplos	119
e) Efeitos e forma de aplicação	119
5. “Novatio legis” incriminadora: a lei nova incrimina fatos ante- riormente considerados lícitos	122
6. “Novatio legis in pejus”: a lei nova modifica o regime ante- rior, agravando a situação do sujeito	123
7. “Novatio legis in melius”: a lei nova modifica o regime ante- rior, beneficiando o sujeito	129
8. Apuração da maior benignidade da lei	131
9. Competência para aplicação da lei mais benéfica	133
10. Lei intermediária	134
11. Combinação de leis	134
12. Eficácia das leis penais temporárias e excepcionais. Ultra- -atividade	135
a) Conceito	135
b) Ultra-atividade das leis temporárias e excepcionais	136
c) Fundamento	136
13. Normas penais em branco e direito intertemporal	141
14. Do tempo do crime	144
a) Conceito	144
b) Teorias	144
c) Questões	145
d) Aplicação da teoria da atividade a várias espécies de in- frações	146
e) Medidas de segurança e direito intertemporal	147
15. Conflito aparente de normas	147
a) Conceito	147
b) Princípios para a solução dos conflitos aparentes de normas	150
c) Princípio da especialidade	150

d) Princípio da subsidiariedade	152
e) Princípio da consunção: crime progressivo, crime complexo e progressão criminosa	155
1. Princípio da consunção	155
2. Crime progressivo	156
3. Crime complexo	157
4. Progressão criminosa	157
f) Princípio da alternatividade: conceito e sua posição no tema	159

CAPÍTULO VIII

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO ESPAÇO

1. Direito Penal Internacional. Os princípios	161
a) Princípio da territorialidade	162
b) Princípio da nacionalidade	162
c) Princípio da defesa	163
d) Princípio da justiça penal universal	163
e) Princípio da representação	164
f) Princípios adotados pelo CP	164
2. Territorialidade	164
3. Lugar do crime. Teorias	168
4. Extraterritorialidade	171
5. Contravenções	177
6. A regra “non bis in idem”	177
7. Eficácia da sentença penal estrangeira	178

CAPÍTULO IX

EFICÁCIA DA LEI PENAL EM RELAÇÃO A PESSOAS QUE EXERCEM DETERMINADAS FUNÇÕES PÚBLICAS

1. Introdução	179
2. Imunidades diplomáticas	180
3. Chefes de Governo	180
4. Imunidades parlamentares	181

CAPÍTULO X

DISPOSIÇÕES FINAIS DO TÍTULO I DA PARTE GERAL

1. Contagem de prazo	183
2. Frações não computáveis da pena	185
3. Legislação especial	186

III — TEORIA GERAL DO CRIME

CAPÍTULO XI

CONCEITO DE CRIME

1. Termos e etimologia	191
2. Que é crime?	192
3. Conceito material	193
4. Conceito formal	193
5. Crime e contravenção	194

CAPÍTULO XII

ANÁLISE E CARACTERES DO CRIME SOB O ASPECTO FORMAL

1. Caracteres do crime sob o aspecto formal	195
2. O fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade	196
3. A punibilidade	198
4. Requisitos, elementares e circunstâncias do crime	198
5. Pressupostos do crime	201
6. Condições objetivas de punibilidade	203
7. Crime e ilícito civil	203
8. Crime e ilícito administrativo	204
9. O crime na teoria geral do Direito	204

CAPÍTULO XIII

DO SUJEITO ATIVO DO CRIME

1. Conceito	207
-------------------	-----

2. Terminologia da lei	207
3. Direitos e obrigações	208

CAPÍTULO XIV

DA CAPACIDADE PENAL

1. Conceito	209
2. Da incapacidade penal	209
3. Da capacidade penal das pessoas jurídicas	209
4. Da capacidade especial do sujeito ativo	211
5. Da capacidade penal especial em face das normas permis- sivas	212

CAPÍTULO XV

DO SUJEITO PASSIVO DO CRIME

1. Conceito	213
2. Espécies:	213
a) Sujeito passivo constante ou formal	213
b) Sujeito passivo eventual ou material	213
3. Posições do Estado	214
4. A questão do incapaz, da pessoa jurídica, do morto, do feto, dos animais e coisas inanimadas	215
5. A pessoa pode ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo do delito em face de sua própria conduta?	218
6. Sujeito passivo e prejudicado pelo crime	219

CAPÍTULO XVI

DO OBJETO DO DELITO

1. Conceito	221
2. Espécies:	221
a) Objeto jurídico	221
b) Objeto material	221

CAPÍTULO XVII
DO TÍTULO DO DELITO

1. Conceito	223
2. Espécies	223
3. Importância	224

CAPÍTULO XVIII

DA CLASSIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS

1. A classificação tripartida	225
2. A classificação bipartida. Há diferença entre crime e contra-venção?	225

CAPÍTULO XIX

DA QUALIFICAÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA DOS CRIMES

1. Qualificação criminal da infração e do fato	227
2. Qualificação doutrinária	227
3. Crimes comuns e especiais	228
4. Crimes comuns e próprios	228
5. Crimes de mão própria ou de atuação pessoal	228
6. Crimes de dano e de perigo	229
7. Crimes materiais, formais e de mera conduta	230
8. Crimes comissivos e omissivos	232
9. Crimes instantâneos, permanentes e instantâneos de efeitos permanentes	233
10. Crime continuado	235
11. Crimes principais e acessórios	236
12. Crimes condicionados e incondicionados	236
13. Crimes simples e complexos	236
14. Crime progressivo	239
15. Delito putativo	239
a) Conceito e espécies	239
b) Delito putativo por erro de proibição	239

c) Delito putativo por erro de tipo	240
d) Delito putativo por obra de agente provocador (crime de flagrante provocado)	240
16. Crime de flagrante esperado	243
17. Crime impossível	243
18. Crime consumado e tentado	243
19. Crime falho	243
20. Crimes unissubsistentes e plurissubsistentes	244
21. Crimes de dupla subjetividade passiva	244
22. Crime exaurido	244
23. Crimes de concurso necessário	245
24. Crimes dolosos, culposos e preterdolosos ou preterintencionais	245
25. Crimes simples, privilegiados e qualificados	245
26. Crimes subsidiários	248
27. Crimes vagos	249
28. Crimes de mera suspeita	249
29. Crimes comuns e políticos	250
30. Crime multitudinário	251
31. Crimes de opinião	251
32. Crime inominado	252
33. Crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado	252
34. Crimes de forma livre e de forma vinculada	252
35. Crimes de ação penal pública e de ação penal privada	253
36. Crime habitual e profissional	254
37. Crimes conexos	254
38. Crime de ímpeto	257
39. Crimes funcionais	257
40. Crimes a distância e plurilocais	257
41. Delito de referência	258
42. Delitos de tendência	258
43. Delitos de impressão	258
44. Crimes de simples desobediência	259
45. Crimes pluriofensivos	259
46. Crimes falimentares	259

47. Crime a prazo	259
48. Crime gratuito	260
49. Delito de circulação	260
50. Delito transeunte e não transeunte	260
51. Crime de atentado ou de empreendimento	260
52. Crime em trânsito	260
53. Crimes internacionais	260
54. Quase crime	260
55. Crimes de tipo fechado e de tipo aberto	261
56. Tentativa branca	261
57. Crime consunto e consuntivo	261
58. Crimes de responsabilidade	261
59. Crimes hediondos	263

CAPÍTULO XX

DO FATO TÍPICO

1. Introdução	265
2. Elementos do fato típico	265

CAPÍTULO XXI

DA CONDUTA

1. Conceito, características e elementos	267
2. Ausência de conduta	268
3. Teorias da conduta	270
a) Teoria naturalista ou causal da ação	270
b) Teoria social da ação	272
c) Teoria finalista da ação	273
4. Formas da conduta: ação e omissão	277
a) Ação	277
b) Omissão	277
1. Teorias	277
2. Formas	279
3. Crimes omissivos próprios	279

4. Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão ..	279
5. Caso fortuito e força maior	280

CAPÍTULO XXII

DO RESULTADO

1. Conceito	283
2. Teorias	283
3. Há crime sem resultado?	284
4. Em que consiste o resultado	286

CAPÍTULO XXIII

DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

1. Introdução ao tema	287
2. Teoria da equivalência dos antecedentes causais	287
3. Aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes	290
4. Da causalidade na omissão	291
5. Da superveniência causal	293

CAPÍTULO XXIV

TEORIA DA TIPICIDADE

1. Noção introdutória	299
2. O tipo legal e o fato concreto	301
3. Denominações	301
4. Evolução histórica da tipicidade: fases	301
5. Primeira fase: independência	303
6. Segunda fase: caráter indiciário da antijuridicidade	304
7. Terceira fase: “ratio essendi” da antijuridicidade	305
8. Diretriz dominante	306
9. Tipicidade e antijuridicidade	307

CAPÍTULO XXV

TEORIA DO TIPO

1. Conceito e importância do tipo	309
---	-----

2. Da adequação típica: formas	309
3. Análise e elementos do tipo	311
a) Introdução ao tema	311
b) Elementos objetivos do tipo	312
c) Elementos normativos do tipo	312
d) Elementos subjetivos do tipo (elementos subjetivos do in- justo)	314

CAPÍTULO XXVI

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

1. Declínio do prestígio da relação de causalidade material (ob- jetiva) como elemento do fato típico	319
2. Conceito de imputação objetiva.....	320
3. Risco permitido e risco proibido	320
4. Missão	321
5. Imputação objetiva, responsabilidade penal objetiva e impu- tabilidade: distinções	322
6. Âmbito de aplicação.....	322
7. Imputação objetiva da conduta e do resultado	322
8. Natureza jurídica e posição sistemática.....	323
9. Efeito da ausência da imputação objetiva.....	324
10. Requisitos de aplicação	324
11. Princípios.....	325

CAPÍTULO XXVII

DO TIPO DO CRIME DOLOSO

1. Introdução	327
2. Conceito e natureza do dolo	327
3. Teorias do dolo	327
a) Teoria da vontade	327
b) Teoria da representação	328
c) Teoria do assentimento	328
4. Dolo natural	328
5. Elementos do dolo	328
6. Espécies de dolo	330

<i>a)</i> Dolo direto e indireto — teoria do dolo eventual	330
<i>b)</i> Dolo de dano e de perigo	333
<i>c)</i> Dolo genérico e específico: crítica	333
<i>d)</i> Dolo normativo e dolo natural	334
<i>e)</i> Dolo geral (erro sucessivo)	335
7. Dolo e pena	336

CAPÍTULO XXVIII

TEORIA DO CRIME CULPOSO

1. Observação	337
2. Estrutura do tipo, ilicitude e culpabilidade	337
3. Previsibilidade objetiva	340
4. Elementos do fato típico culposos	340
5. Imprudência, negligência e imperícia	341
6. Espécies de culpa	343
<i>a)</i> Culpa consciente e inconsciente	343
<i>b)</i> Culpa própria e imprópria	344
<i>c)</i> A chamada culpa mediata ou indireta	345
7. Graus de culpa	345
8. Compensação e concorrência de culpas	345
9. Excepcionalidade do crime culposos	346

CAPÍTULO XXIX

O CRIME PRETERDOLOSO

1. Crimes preterdolosos ou preterintencionais	347
2. Nexos subjetivo e normativo	348

CAPÍTULO XXX

DO ERRO DE TIPO

1. Conceito	349
2. Exemplos	350
3. Erro de tipo e erro de proibição. Relação com o erro de fato e o erro de direito	350
4. Erro de tipo e delito putativo por erro de tipo	351

5. Formas	352
6. Erro de tipo essencial	352
7. Efeitos do erro de tipo essencial	353
8. Descriminantes putativas	354
a) Introdução	354
b) Disciplina legal	354
9. Erro provocado por terceiro	358
10. Erro acidental	360
a) Conceito	360
b) Erro sobre objeto (“error in objecto”)	361
c) Erro sobre pessoa (“error in persona”)	361
d) Erro na execução (“aberratio ictus”)	362
e) Resultado diverso do pretendido (“aberratio criminis”)	366
f) Esquema	368

CAPÍTULO XXXI

DO CRIME CONSUMADO

1. Conceito	369
2. Crime exaurido	369
3. A consumação nas várias espécies de crimes	370
4. O “iter criminis”	371
5. Atos preparatórios e executórios: distinção	373

CAPÍTULO XXXII

DA TENTATIVA

1. Conceito	375
2. Natureza jurídica	375
3. Elementos	376
4. Formas de tentativa: perfeita e imperfeita	377
5. Elemento subjetivo	378
6. Infrações que não admitem a tentativa	379
7. Aplicação da pena	380
a) Teoria subjetiva	380

b) Teoria objetiva	381
8. Desistência voluntária e arrependimento eficaz. Tentativa qualificada.....	382

CAPÍTULO XXXIII

DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR

1. Conceito	389
2. Requisitos	389
3. Aplicação	390
4. Natureza jurídica	390
5. Relevância da reparação do dano	390

CAPÍTULO XXXIV

DO CRIME IMPOSSÍVEL

1. Conceito e casos	393
2. Teorias	394

CAPÍTULO XXXV

DA ANTIJURIDICIDADE

1. Conceito	397
2. Terminologia	398
3. Antijuridicidade formal e material	399
4. Caráter objetivo da antijuridicidade	400
a) Antijuridicidade subjetiva	400
b) Antijuridicidade objetiva	401
5. Antijuridicidade genérica e específica	402
6. Causas de exclusão da antijuridicidade	402
a) Introdução	402
b) Requisitos objetivos e subjetivos de justificação	403
c) Causas supralegais de exclusão da antijuridicidade	406
d) Excesso nas justificativas	408

CAPÍTULO XXXVI
DO ESTADO DE NECESSIDADE

1. Considerações gerais	411
2. Teorias: unitária e diferenciadora	412
3. Conceito e natureza jurídica	414
4. Exemplos	414
5. Requisitos	415
6. Perigo atual ou iminente	416
7. Ameaça a direito próprio ou alheio: estado de necessidade próprio e de terceiro	417
8. Situação de perigo não causada voluntariamente pelo sujeito ..	417
9. Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo	419
10. Inevitabilidade do comportamento lesivo	420
11. Inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado	421
12. Elemento subjetivo do estado de necessidade: conhecimento da situação do fato justificante	422
13. Causa de diminuição de pena	422
14. Formas do estado de necessidade	423
15. Excesso	423

CAPÍTULO XXXVII
DA LEGÍTIMA DEFESA

1. Introdução	425
2. Natureza jurídica	426
3. Conceito e requisitos	427
4. Agressão injusta, atual ou iminente. Questões várias	428
5. Direito do agredido ou de terceiro atacado ou ameaçado de dano pela agressão	431
6. Repulsa com os meios necessários	432
7. Moderação na repulsa necessária	434
8. O elemento subjetivo da legítima defesa: conhecimento da situação de agressão e da necessidade de defesa	434

9. Excesso	434
10. Legítima defesa subjetiva. Legítima defesa sucessiva. Legítima defesa putativa	438
11. Legítima defesa e estado de necessidade	438
12. Ofendículos	439

CAPÍTULO XXXVIII

ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

1. Estrito cumprimento de dever legal	441
2. Exercício regular de direito	442
3. Intervenções médicas e cirúrgicas	442
4. Violência esportiva	443
5. Consentimento do ofendido	443

CAPÍTULO XXXIX

DO CONCURSO DE PESSOAS

1. Introdução	447
2. Concurso necessário e eventual	447
3. Autoria	449
4. Relação com a teoria da causalidade	450
5. Formas de autoria e de concurso de pessoas em face da teoria do domínio do fato: coautoria e participação	451
6. Participação	453
7. Natureza jurídica do concurso de pessoas	454
a) Teoria unitária	454
b) Teoria dualista	454
c) Teoria pluralística	454
d) Exceções pluralísticas da teoria unitária	455
8. Natureza jurídica da participação	455
a) Teoria causal	455
b) Teoria da acessoriedade: classes de acessoriedade	456

9. Autoria mediata	460
10. Requisitos do concurso de pessoas	462
11. Pluralidade de condutas	462
12. Relevância das condutas	462
13. Do liame subjetivo e normativo	463
a) Coautoria e participação	463
b) Autoria colateral	466
14. Identidade de infração para todos os participantes	466
15. Formas de participação	467
16. Punibilidade	472
17. Da cooperação dolosamente distinta ou desvios subjetivos entre os participantes	473
18. Participação impunível	474
19. Participação de participação e participação sucessiva	474
20. Momento da participação e exclusão da participação posterior ao delito	475
21. Participação e arrependimento	475
22. Autoria incerta	476
23. Crimes omissivos	476
24. Comunicabilidade e incomunicabilidade de condições, elementares e circunstâncias	480
a) Incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal	482
b) A circunstância objetiva não pode ser considerada no fato do partípe ou coautor se não entrou na esfera de seu conhecimento	483
c) As elementares, sejam de caráter objetivo ou pessoal, comunicam-se entre os fatos cometidos pelos participantes desde que tenham ingressado na esfera de seu conhecimento .	485
25. Concurso de pessoas e infanticídio	486
a) Exposição do tema	486
b) Pronunciamento do IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins	489
c) Nossa sugestão	493

IV — DA CULPABILIDADE

CAPÍTULO XL

A POSIÇÃO DA CULPABILIDADE EM FACE DA ESTRUTURA DO CRIME

1. O CP brasileiro e os requisitos do crime	499
2. A posição da culpabilidade	500
3. Responsabilidade penal objetiva	501

CAPÍTULO XLI

CONCEITO DE CULPABILIDADE

1. Introdução	503
2. Teorias da culpabilidade	503
3. Teoria psicológica da culpabilidade	504
4. Teoria psicológico-normativa da culpabilidade	504
5. Teoria normativa pura da culpabilidade. Elementos da culpabilidade	505
6. Teoria limitada da culpabilidade	509
7. Características do finalismo	510

CAPÍTULO XLII

DA IMPUTABILIDADE

1. Conceito	513
2. Imputabilidade e responsabilidade	514
3. Fundamento da imputabilidade	514
4. Causas de exclusão da imputabilidade	515
5. “Actio libera in causa”	516

CAPÍTULO XLIII

POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE

1. Introdução. Teorias	519
------------------------------	-----

2. Teoria extrema do dolo	519
3. Teoria limitada do dolo	520
4. Teoria extrema da culpabilidade	520
5. Teoria limitada da culpabilidade	521

CAPÍTULO XLIV

DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

1. Introdução	523
2. Teoria das circunstâncias concomitantes de Frank	523
3. Efeito da inexigibilidade de conduta diversa	524

CAPÍTULO XLV

DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

1. Introdução	525
2. Elenco	525
3. A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade	527
4. Emoção e paixão	529

CAPÍTULO XLVI

DO ERRO DE PROIBIÇÃO

1. Inescusabilidade da ignorância da lei e relevância da falta de consciência da antijuridicidade	531
2. Conceito de erro de proibição	532
3. Formas	532
4. Erro de proibição e erro de tipo: efeitos quanto ao dolo e culpabilidade	533
5. Casos de erro de proibição	533
6. Erro e ignorância de direito	533
a) Conceitos	533
b) Efeitos	534
c) Erro de direito penal e erro de direito extrapenal	534
d) Erro de direito e delito putativo por erro de direito	535

7. Suposição errônea da existência de causa de exclusão da ilicitude não reconhecida juridicamente.....	536
8. Descriminantes putativas	536

CAPÍTULO XLVII

DA COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

1. Conceito e espécies de coação	537
2. Espécie de coação prevista no art. 22, 1. ^a parte, do CP	537
3. Coação moral irresistível como causa de exclusão da culpabilidade. Responsabilidade do coator	538

CAPÍTULO XLVIII

DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

1. Conceito e espécies de ordem de superior hierárquico	539
2. Obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade	540
3. Requisitos. Responsabilidade do superior hierárquico	541

CAPÍTULO XLIX

DA INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL OU DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

1. Introdução	543
2. Critérios de aferição da inimputabilidade	543
3. Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado	544
4. Diminuição da capacidade de entendimento e de vontade — caso de redução da pena ou de aplicação de medida de segurança	546
5. Requisitos normativos da inimputabilidade	549
6. Menoridade penal	549

CAPÍTULO L

DA INIMPUTABILIDADE POR EMBRIAGUEZ COMPLETA PROVENIENTE DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

1. Conceito, fases e espécies de embriaguez	553
2. Sistema da embriaguez na legislação penal brasileira	554
3. Embriaguez voluntária ou culposa. “Actio libera in causa” ...	555
4. Embriaguez accidental: casos de exclusão da imputabilidade e de diminuição da pena	558
5. Embriaguez simples, patológica e preordenada: soluções legais ...	559

V — DA SANÇÃO PENAL

CAPÍTULO LI

DAS PENAS

1. Conceito, fins e caracteres	563
2. Classificação	564
3. Sistemas penitenciários	565

CAPÍTULO LII

DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

1. Regimes penitenciários. Reclusão e detenção	567
2. Regras do regime fechado	569
3. Regras do regime semiaberto	569
4. Regras do regime aberto	569
5. Regime especial	570
6. Direitos e trabalho do preso	570
7. Superveniência de doença mental	570
8. Detração penal	570
9. Regime disciplinar diferenciado	572

CAPÍTULO LIII

DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

1. Alternativas penais, penas alternativas e restritivas de direitos..	573
--	-----

2. Natureza das penas restritivas de direitos	576
3. Condições	576
4. Multa substitutiva: condenação a pena igual ou inferior a um ano	578
5. Conversão da pena alternativa em privativa de liberdade	579
6. Prestação pecuniária e prestação inominada.....	581
7. Perda de bens e valores	582
8. Prestação de serviço à comunidade	582
9. Interdições temporárias de direitos	584
10. Limitação de fim de semana.....	584

CAPÍTULO LIV

DA PENA DE MULTA

1. Critérios de cominação	585
2. Fixação da multa	585
3. Pagamento da multa	586
a) Observação	586
b) Legislação anterior	586
c) Lei n. 9.268/96	587
4. Proibição de conversão da multa em detenção	588

CAPÍTULO LV

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

1. Introdução	589
2. Conceito de periculosidade	589
3. Fatores e indícios de periculosidade	590
4. Pressupostos de aplicação	591
5. Periculosidade real e presumida	591
6. Espécies	591
7. Imposição de medida de segurança ao inimputável	592
8. Sistema vicariante	592
9. Direitos do internado	593
10. Extinção da punibilidade	593

CAPÍTULO LVI

DAS CIRCUNSTÂNCIAS

1. Circunstâncias e elementares do crime	595
2. Posição das circunstâncias na teoria do crime e da sanção penal	597
3. Classificação	598
4. Circunstâncias judiciais	600
5. Circunstâncias agravantes	601
6. Reincidência	609
<i>a)</i> Conceito e formas	609
<i>b)</i> Pressuposto	609
<i>c)</i> Efeitos	612
<i>d)</i> Espécies de crimes e reincidência	612
<i>e)</i> Eficácia temporal da condenação anterior para efeito da reincidência	612
<i>f)</i> Crimes militares e puramente políticos	618
7. Circunstâncias atenuantes	619
<i>a)</i> Ser o agente menor de 21 ou maior de 70 anos	620
<i>b)</i> Desconhecimento da lei	620
<i>c)</i> Motivos de relevante valor social ou moral	621
<i>d)</i> Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano....	621
<i>e)</i> Ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.....	622
<i>f)</i> Ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime	622
<i>g)</i> Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou	622
<i>h)</i> Circunstâncias inominadas	623
8. Causas de aumento e de diminuição da pena	623
9. Circunstâncias qualificadoras	624

CAPÍTULO LVII

DA COMINAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA

1. Cominação das penas	627
2. Juízo de culpabilidade como fundamento da imposição da pena .	628
3. Fixação da pena	628
4. Fases da fixação da pena privativa de liberdade	630
5. Mecanismo da imposição das penas	633
6. Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes	635
7. Concurso de causas de aumento e de diminuição. Concurso de qualificadoras	635
8. Exemplos de fixação da pena privativa de liberdade	636
9. Fixação da pena de multa	637

CAPÍTULO LVIII

DO CONCURSO DE CRIMES

1. Introdução	641
2. Posição da matéria: concurso de crimes ou de penas?	641
3. Sistemas	642
4. Espécies de concurso	643
5. Concurso material	644
a) Conceito	644
b) Espécies	644
c) Aplicação da pena	644
6. Concurso formal	645
a) Conceito	645
b) Espécies	645
c) Requisitos	645
d) Aplicação da pena	646
e) Unidade e autonomia de desígnios	647
7. Crime continuado	648
a) Conceito	648
b) Requisitos	649
c) Crimes da mesma espécie	649

d) Homogeneidade das circunstâncias	650
e) Natureza jurídica	651
f) Aplicação da pena	652
g) Bem jurídico pessoal: unidade ou pluralidade de sujeito passivo	652
8. Aplicação da multa	654
9. Limite das penas	654
10. Concurso de crime e contravenção	656

CAPÍTULO LIX

DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA EXECUÇÃO DA PENA (*SURDIS*)

1. Explicações preliminares	657
2. Sistemas	658
3. Formas	659
4. Requisitos	659
5. Período de prova e condições	663
6. Revogação	665
7. Prorrogação	667
8. Extinção da pena	668

CAPÍTULO LX

DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

1. Explicações preliminares	669
2. Pressupostos	669
3. Concessão do livramento condicional e período de prova	673
4. Revogação	674
5. Causas de revogação obrigatória do livramento condicional ...	675
a) Crime cometido durante a vigência do livramento condicional	675
b) Crime cometido antes do período de prova	675
6. Causas de revogação facultativa do livramento condicional ..	676
7. Efeitos da revogação do livramento condicional	676

a) Efeitos da revogação do livramento condicional em face de condenação irrecorrível pela prática de infração penal anterior ao período de prova (crime ou contravenção)	677
b) Efeitos da revogação do livramento condicional em face de condenação irrecorrível por infração cometida durante o período de prova	679
c) Efeitos da revogação do livramento condicional por descumprimento das condições impostas na sentença	680
8. Extinção da pena	680
9. Prorrogação do período de prova	681
10. Expulsão de estrangeiro	682

CAPÍTULO LXI

DOS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL

1. Noções preliminares	683
2. Condenação penal e reparação civil	684
3. “Actio civilis ex delicto”	686
4. Absolvição penal e reparação civil	687
a) Absolvição em face de estar provada a inexistência do fato .	688
b) Absolvição criminal em face de não haver prova da existência do fato	688
c) Absolvição criminal em face de não constituir o fato infração penal	688
d) Absolvição criminal em face de estar provado que o réu não concorreu para a prática da infração penal	688
e) Absolvição criminal em face de não existir prova de ter o réu concorrido para a prática da infração penal	689
f) Absolvição criminal em face de não existir prova suficiente para a condenação	689
g) Absolvição criminal em face de existir causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade ou haver fundada dúvida sobre sua existência (CPP, art. 386, VI)	689
5. Confisco	691
a) Conceito	691
b) Permissão	692

c) Confisco como efeito da condenação	692
6. Efeitos específicos	693

CAPÍTULO LXII

DA REABILITAÇÃO

1. Conceito e efeitos	697
2. Condições	698

VI — DA PERSECUÇÃO PENAL

CAPÍTULO LXIII

DA AÇÃO PENAL

1. Conceito	703
2. Classificação	703
3. Ação penal pública	707
4. Ação penal privada	710
5. Ação penal no crime complexo	712
6. Ação penal no concurso de crimes	713
7. Imunidade parlamentar formal ou processual	714

VII — DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

CAPÍTULO LXIV

CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE

1. Conceito de punibilidade	719
2. Condições objetivas de punibilidade	719
3. Causas extintivas da punibilidade	720
4. Escusas absolutórias	721
5. Momento de ocorrência das causas extintivas da punibilidade ..	722
6. Efeitos da extinção da punibilidade	724
7. Análise do art. 108 do CP	724
8. Imunidade parlamentar material	725
9. “Abolitio criminis”	727

CAPÍTULO LXV
PERDÃO JUDICIAL

1. Conceito e elenco	729
2. Natureza jurídica	729
3. Distinções	729
4. Extensão	730
5. Natureza jurídica da sentença concessiva	730

CAPÍTULO LXVI
DA MORTE DO AGENTE

1. Introdução	733
2. Prova	733

CAPÍTULO LXVII
DA ANISTIA, GRAÇA E INDULTO

1. Introdução	735
2. Anistia	735
3. Graça e indulto	737

CAPÍTULO LXVIII
RENÚNCIA E PERDÃO

1. Conceito de renúncia do direito de queixa	741
2. Oportunidade da renúncia	741
3. Formas de renúncia. Questões várias	742
4. Conceito de perdão aceito como causa de extinção da puni- bilidade	743
5. Oportunidade do perdão	743
6. Formas de perdão	743
7. Titularidade da concessão do perdão	744
8. Aceitação do perdão	744
9. Efeitos do perdão aceito no concurso de pessoas	745

CAPÍTULO LXIX

DECADÊNCIA E PEREMPÇÃO

1. Decadência do direito de queixa e de representação	747
2. Titularidade do direito de queixa ou de representação e decadência	748
3. Perempção da ação penal	748
4. Casos de perempção da ação penal	749

CAPÍTULO LXX

RETRATAÇÃO DO AGENTE

1. Conceito	751
2. Casos	751

CAPÍTULO LXXI

CASAMENTO SUBSEQUENTE

1. Introdução	755
2. Casamento do agente com a vítima	756
3. Casamento da vítima com terceiro	758

CAPÍTULO LXXII

DA PRESCRIÇÃO

1. Conceito e natureza jurídica	761
2. Pretensão punitiva e pretensão executória	762
3. Prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória	763
4. Imprescritibilidade	764
5. Prescrição da pretensão punitiva	764
6. Prescrição da pretensão executória	767
7. Prescrição superveniente à sentença condenatória	769
8. Prescrição retroativa	771
a) Introdução. Súmula 146 do STF	771
b) O Anteprojeto de Código Penal. O Código Penal de 1969. A Lei n. 6.016, de 31-12-1973	773

c) A Lei n. 6.416, de 24-5-1977	774
d) Reforma penal de 1984 (antes da Lei n. 12.234, de 2010) ...	775
e) Natureza jurídica	775
f) Como se conta o prazo prescricional	776
g) Princípios	777
h) A Lei n. 12.234, de 5-5-2010, e a extinção da prescrição re- troativa	778
9. Espécies de penas e prescrição	785
10. Termos iniciais da prescrição da pretensão punitiva	786
11. Termos iniciais da prescrição da pretensão executória	787
12. Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional	788
13. Multa	789
14. Redução dos prazos de prescrição em face da idade do sujeito .	790
15. Causas suspensivas da prescrição	790
16. Causas interruptivas da prescrição	793
17. Crimes falimentares	799
18. Crimes de imprensa	799
19. Crimes contra a Segurança Nacional	800
20. Crimes militares	800
21. Crimes eleitorais	801
22. Crimes de abuso de autoridade	801

I — INTRODUÇÃO

Capítulo I

CONCEITO DE DIREITO PENAL

1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

O fato social é sempre o ponto de partida na formação da noção do Direito. O Direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à sua própria sobrevivência. É no Direito que encontramos a segurança das condições inerentes à vida humana, determinada pelas normas que formam a ordem jurídica.

O fato social que se mostra contrário à norma de Direito forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal, que atenta contra os bens mais importantes da vida social.

Contra a prática desses fatos o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege. Ao lado dessas sanções o Estado também fixa outras medidas com o objetivo de prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos. A mais severa das sanções é a pena, estabelecida para o caso de inobservância de um imperativo. Dentre as medidas de repressão ou prevenção encontramos as medidas de segurança¹.

Vemos que o Estado estabelece normas jurídicas com a finalidade de combater o crime. A esse conjunto de normas jurídicas dá-se o nome de Direito Penal.

O meio de ação de que se vale o Direito Penal é a *pena*, em que já se viu a satisfação de uma exigência de justiça, constringendo o autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado. Mas, como esclarecia Aníbal Bruno, na evolução do

1. V. Cap. LI, p. 517.

Direito a pena vem atenuando cada vez mais, sobretudo no momento de sua execução, esse caráter de retribuição e de castigo, e agora perde o seu posto de sanção única do fato punível. As ideias modernas sobre a natureza do crime e as suas causas e a exigência prática de uma luta eficaz contra a criminalidade foram desenvolvendo, ao lado da velha reação punitiva, uma série de medidas que se dirigem não a punir o criminoso, mas a promover a sua recuperação social ou a segregá-lo do meio nos casos de desajustamento irredutível. São as chamadas medidas de segurança².

2. FUNÇÃO DE TUTELA JURÍDICA

Já dizia Carrara que a função específica do Direito Penal é a *tutela jurídica*. Visa o Direito Penal a proteger os *bens jurídicos*.

Bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo *valor reconhecido* pelo Direito torna-se um *bem jurídico*. Os bens jurídicos são ordenados em hierarquia. O Direito Penal visa a proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade.

Impondo sanções aos sujeitos que praticam delitos, o Direito Penal robustece na consciência social o valor dos bens jurídicos, dando força às normas que os protegem.

3. DENOMINAÇÃO

O primeiro problema que se nos depara ao estudarmos o conceito de Direito Penal é o referente à sua própria denominação: *Direito Penal* ou *Direito Criminal*. A expressão Direito Penal é de origem recente. Segundo provas, foi empregada pela primeira vez no século XVIII. A expressão Direito Criminal é mais antiga, porém está perdendo a atualidade.

Argumenta-se que a locução Direito Criminal é mais compreensiva, abrangendo o crime e suas consequências jurídicas, ao passo que a denominação Direito Penal dá a ideia de pena, deixando de lado o instituto das medidas de segurança. Respondem outros que a expressão Direito Criminal sugere propriamente o crime, quando a punição é importante e de graves efeitos.

Vários nomes têm sido escolhidos pelos doutrinadores: *Direito Protetor dos Criminosos* — Dorado Monteiro; *Direito de Defesa Social* — Mar-

2. *Direito penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 1, t. 1, p. 27.

tinez; *Princípios de Criminologia* — De Luca; *Direito Repressivo* — Puglia.

Não obstante a existência de discussão a respeito, a expressão *Direito Penal* é a mais generalizada.

Nós possuímos um CP, razão pela qual preferimos a expressão *Direito Penal*, aceitando a predileção do legislador.

4. DEFINIÇÃO

Inúmeras são as definições aduzidas pelos autores.

Para Von Liszt, *Direito Penal* é o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência³. Mezger define a nossa matéria como o conjunto de normas jurídicas que regulam “el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica”⁴.

Anotava o próprio Mezger, porém, que a definição é imperfeita, pois o *Direito Penal* moderno tem-se desenvolvido organicamente, excedendo os limites de sua expressão, ampliando o seu alcance a outras consequências de essência diversa da pena, como as medidas de segurança. E como observa José Frederico Marques, para dar uma noção bem exata do *Direito Penal*, é imprescindível que nele se compreendam todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinam, inclusive as que derivam dessa sistematização ordenadora do delito e da pena⁵.

Segundo José Frederico Marques, definimos o *Direito Penal* como o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado⁶.

5. CARACTERES DO DIREITO PENAL

O *Direito Penal* regula as relações do indivíduo com a sociedade. Por isso, não pertence ao *Direito Privado*, mas sim ao *Público*.

3. *Tratado de direito penal*, trad. J. Higino, v. 1, p. 1.

4. *Tratado de derecho penal*, t. 1, p. 1.

5. *Curso de direito penal*, 1954, v. 1, p. 10.

6. Ob. cit., p. 21.

Quando o sujeito pratica um delito, estabelece-se uma relação jurídica entre ele e o Estado. Surge o *jus puniendi*, que é o direito que tem o Estado de atuar sobre os delinquentes na defesa da sociedade contra o crime. Sob outro aspecto, o violador da norma penal tem o direito de liberdade, que consiste em não ser punido fora dos casos previstos pelas leis estabelecidas pelos órgãos competentes e a obrigação de não impedir a aplicação das sanções.

Como se nota, o Direito Penal regula relações jurídicas em que de um lado surge o Estado com o *jus puniendi*, o que lhe dá o caráter de Direito Público. Mesmo nos casos em que a ação penal se movimenta por iniciativa da parte ofendida (crimes de ação privada), não se outorga o *jus puniendi* ao particular. Este exerce apenas o *jus perseguendi in judicio*, não gozando do direito de punir o sujeito ativo do crime.

Como dizia Magalhães Noronha, o Direito Penal é ciência cultural normativa, valorativa e finalista.

É ciência cultural porque pertence à classe das ciências do “dever ser” e não à do “ser”.

É ciência normativa porque tem a finalidade de estudar a norma. Realmente, o objeto da Ciência do Direito Penal é o conjunto de preceitos legais que se refere à conduta dos cidadãos, bem como às consequências jurídicas advindas do não cumprimento de suas determinações.

É também ciência valorativa. Ensinava Magalhães Noronha: o Direito não empresta às normas o mesmo valor, porém, esse varia, de conformidade com o fato que lhe dá conteúdo. Nesse sentido, o Direito valoriza suas normas, que se dispõem em escala hierárquica. Incumbe ao Direito Penal, em regra, tutelar os valores mais elevados ou preciosos, ou, se se quiser, ele atua somente onde há transgressão de valores mais importantes ou fundamentais para a sociedade.

É, ainda, ciência finalista, porque atua em defesa da sociedade na proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal dos cidadãos, a honra, o patrimônio etc. A consciência social eleva esses interesses, tendo em vista o seu valor, à categoria de bens jurídicos que necessitam de proteção do Direito Penal para a sobrevivência da ordem jurídica.

O Direito Penal é, por fim, sancionador, pois, através da cominação da sanção, protege outra norma jurídica de natureza extrapenal. Assim, o Direito Civil regula o direito de propriedade, ao passo que o CP, nos preceitos secundários das normas que definem os “Crimes contra o Patrimônio”, comina sanções àqueles que atentam contra a propriedade alheia. É, pois, o Direito Penal, um conjunto complementar e sancionador de normas jurídicas.

6. CONTEÚDO DO DIREITO PENAL

O conteúdo do Direito Penal abarca o estudo do crime, da pena e do delinquente, que são os seus elementos fundamentais, precedidos de uma parte introdutiva.

Na parte introdutória são estudadas a propedêutica jurídico-penal e a norma penal. Esta é cuidada quanto à sua aplicação no tempo e no espaço, como também a sua exegese.

Acrescentam-se partes referentes à ação penal, punibilidade e medidas de segurança.

7. DIREITO PENAL OBJETIVO E SUBJETIVO

As noções de Direito objetivo e subjetivo decorrem do fato de o Direito, através da determinação de normas, regular as condutas humanas e outorgar a alguém o poder de exercê-lo.

Como vimos, o Direito Penal tem na sanção o seu meio de ação. Com a abolição da vingança privada, só o Estado tem o direito de aplicar sanções. Só o Estado é o titular do *jus puniendi*, que é o Direito Penal subjetivo. Mesmo nos casos de legítima defesa e de ação penal privada, o exercício desses direitos não é transferido ao particular, pois o Estado conserva o monopólio do direito de punir.

O Direito Penal objetivo é o próprio ordenamento jurídico-penal, correspondendo à sua definição.

De notar que o Direito Penal subjetivo — o direito de punir do Estado — tem limites no próprio Direito Penal objetivo. Não se compreende um *jus puniendi* ilimitado. A norma penal não cria direitos subjetivos somente para o Estado, mas também para o cidadão. Se o Estado tem o *jus puniendi*, o cidadão tem o direito subjetivo de liberdade, que consiste em não ser punido senão de acordo com as normas ditadas pelo próprio Estado.

Alguns autores se insurgem contra a existência de um Direito Penal subjetivo. Entre nós, Aníbal Bruno afirmava que o que se manifesta no exercício da Justiça penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social. Reduzi-lo a um direito subjetivo falsifica a natureza real dessa função e diminui a sua força e eficácia, porque resolve o episódio do crime apenas em um conflito entre direitos do indivíduo e direitos do Estado⁷.

7. Ob. cit., p. 34 e 35.

Mas, como observava José Frederico Marques, a objeção de que fica excluída a existência de um *jus puniendi*, sendo dever e função do Estado a sua atividade punitiva, é irrelevante e inconsistente; o direito subjetivo público pode, além de representar um dever, ser o título para o exercício de uma função, como acontece, p. ex., com o direito de votar⁸.

8. CARÁTER DOGMÁTICO

O Direito Penal, como ciência jurídica, tem natureza dogmática, uma vez que as suas manifestações têm por base o direito positivo. Expõe o seu sistema através de normas jurídicas, exigindo o seu cumprimento sem reservas. A adesão aos mandamentos que o compõem estende-se a todos, obrigatoriamente.

O método do Direito Penal é o técnico-jurídico, que permite a “pronta realizabilidade do Direito”, no dizer de Hermes Lima⁹. Segundo assinalou Ihering, o Direito existe para realizar-se, pois a sua realização é a vida e a verdade do Direito. Chama-se método técnico-jurídico o conjunto de meios que servem para a efetivação desse objetivo.

9. DIREITO PENAL COMUM E ESPECIAL

Os autores diferenciam o Direito Penal comum do Direito Penal especial. O primeiro se aplica a todos os cidadãos, ao passo que o segundo tem o seu campo de incidência adstrito a uma classe de cidadãos, conforme sua particular qualidade.

O critério para essa diversificação está no órgão encarregado de aplicar o direito objetivo. Como escrevia José Frederico Marques, direito comum e direito especial, dentro de nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal: se a norma objetiva somente se aplica por meio de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza pela justiça comum, sua qualificação será a de norma penal comum¹⁰.

8. *Tratado de direito processual penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 4, nota 4.

9. *Introdução à ciência do direito*, 4. ed., p. 251.

10. Ob. cit., p. 18 e 19.

No Brasil, o Direito Penal militar pode ser indicado como Direito Penal especial, pois a sua aplicação se realiza por meio da justiça penal militar. O Direito Penal eleitoral, seguindo o critério apontado, não é Direito Penal especial, uma vez que a quase totalidade da justiça eleitoral é constituída por juízes da Justiça comum.

Fala-se, ainda, em Direito Penal aéreo, Direito Penal trabalhista, Direito Penal falimentar etc., mas não obstante considerados como pertencentes ao Direito Penal especial pelo CP (art. 360), segundo o critério por nós apontado, são figuras do Direito Penal comum.

10. DIREITO PENAL MATERIAL E FORMAL

Autores de renome consideram o Direito Penal sob duplo aspecto: Direito Penal substantivo ou material e Direito Penal adjetivo ou formal.

O primeiro é representado pela lei penal, que define as condutas típicas e estabelece sanções. O segundo é o Direito Processual Penal, que determina as regras de aplicação do Direito Penal substantivo. Assim, o Direito Processual Penal tem sido considerado um simples apêndice do Direito Penal.

O estado de desenvolvimento do processo penal, porém, contradiz a qualidade de aspecto adjetivo do Direito Penal a ele atribuída.

O Direito Processual Penal não é complemento do Direito material ou substantivo. A moderna doutrina do Direito reconhece a sua autonomia. Sendo autônomo, não pode ser considerado como Direito Penal adjetivo.

11. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL

a) Princípio da legalidade ou da reserva legal

Const. Federal, art 5.º, XXXIX; CP, art 1.º: não há crime sem lei que o defina; não há pena sem cominação legal.

b) Princípio da proibição da analogia “in malam partem”

Corolário da legalidade, proíbe a adequação típica “por semelhança” entre fatos.

c) Princípio da anterioridade da lei

Const. Federal, art. 5.º, XXXIX; CP, art. 1.º: não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. Para que haja

crime e seja imposta pena é preciso que o fato tenha sido cometido depois de a lei entrar em vigor.

d) Princípio da irretroatividade da lei penal mais severa

Const. Federal, art. 5.º, XL; CP, art. 2.º e parágrafo único: a lei posterior mais severa é irretroativa; a posterior mais benéfica é retroativa; a anterior mais benéfica é ultra-ativa.

e) Princípio da fragmentariedade

É consequência dos princípios da reserva legal e da intervenção necessária (mínima). O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário.

f) Princípio da intervenção mínima

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

g) Princípio da ofensividade

O Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Entre nós, esse princípio pode ser extraído do art. 98, I, da Const. Federal, que disciplina as infrações penais de menor potencial “ofensivo”. Para um setor da doutrina, o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) requer, para a existência (material) do crime, que a conduta produza uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem juridicamente tutelado.

h) Princípio da insignificância

Ligado aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-

-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza etc. Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, que concede relevância à afetação jurídica como resultado normativo do crime, esse princípio apresenta enorme importância, permitindo que não ingressem no campo penal fatos de ofensividade mínima.

i) Princípio da culpabilidade

Nullum crimen sine culpa. A pena só pode ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico. É um fenômeno individual: o juízo de reprovabilidade (culpabilidade), elaborado pelo juiz, recai sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuridicidade). O juízo de culpabilidade, que serve de fundamento e medida da pena, repudia a responsabilidade penal objetiva (aplicação de pena sem dolo, culpa e culpabilidade).

j) Princípio da humanidade

O réu deve ser tratado como pessoa humana. A Const. Federal brasileira reconhece esse princípio em vários dispositivos (arts. 1.º, III, 5.º, III, XLVI e XLVII). Deve ser observado antes do processo (art. 5.º, LXI, LXII, LXIII e LXIV), durante este (art. 5.º, LIII, LIV, LV, LVI e LVII) e na execução da pena (proibição de penas degradantes, cruéis, de trabalhos forçados, de banimento e da sanção capital — art. 5.º, XLVII, XLVIII, XLIX e L).

l) Princípio da proporcionalidade da pena

Chamado também “princípio da proibição de excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena.

m) Princípio do estado de inocência

Geralmente denominado “princípio da presunção de inocência”, está previsto em nossa Const. Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII). Dele decorre a exigência de que a pena não seja executada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. Somente depois de a condenação tornar-se irreversível é que podem ser impostas medidas próprias da fase da execução.

n) Princípio da igualdade

Todos são iguais perante a lei penal (Const. Federal, art. 5.º, *caput*), não podendo o delinquente ser discriminado em razão de cor, sexo, religião, raça, procedência, etnia etc.

o) Princípio do “ne bis in idem”

Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Possui duplo significado: 1.º) penal material: ninguém pode sofrer duas penas em face do mesmo crime; 2.º) processual: ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato.

Capítulo II

FONTES DO DIREITO PENAL

1. FONTE DE PRODUÇÃO OU MATERIAL E FONTES DE CONHECIMENTO OU FORMAIS

A primeira coisa a fazer ao falar em fonte do Direito Penal é conceituar a expressão, uma vez que *fonte* possui vários significados, suscitando questões diferentes.

No sentido comum, fonte é o lugar donde provém alguma coisa. No vernáculo, é o local onde nasce água.

Juridicamente, fonte é o lugar donde provém a norma de direito. Fonte do Direito Penal é, pois, aquilo de que ele se origina, no dizer de Magalhães Noronha¹.

Distinguem-se as fontes do Direito Penal em materiais ou de produção e formais ou de cognição ou conhecimento.

A fonte de produção, também chamada substancial, refere-se à gênese da norma penal, com respeito ao órgão encarregado de sua elaboração. Fonte de produção é o Estado, órgão criador do Direito Penal. No Brasil, diz a Const. Federal, em seu art. 22, I, que compete à União legislar sobre Direito Penal. Por trás dela, que dita o Direito Penal como vontade expressa do Estado, está a fonte remota e originária da norma jurídica, que é a consciência do povo em dado momento de seu desenvolvimento histórico, consciência onde se fazem sentir as necessidades sociais e as aspirações da cultura².

As fontes formais ou de conhecimento correspondem aos processos de exteriorização do Direito Penal ou de se revelarem as suas regras.

1. *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 54.

2. Aníbal Bruno, *Direito penal*, 3. ed., 1978, v. 1, t. 1, p. 201.

As fontes formais se dividem em:

a) fonte formal imediata; e

b) fontes formais mediatas.

A fonte formal imediata é a lei, em sentido genérico.

As fontes formais mediatas são os costumes e os princípios gerais do direito.

2. DA LEI OU NORMA PENAL: FONTE FORMAL IMEDIATA

A lei é a única fonte imediata de conhecimento. Como diz Mezger, só a lei abre as portas da prisão.

Comumente, usa-se o termo *norma* para exprimir toda categoria de princípios legais.

Como veremos, a norma penal está contida na lei penal.

a) A técnica legislativa do Direito Penal

A norma penal pode ser entendida em sentido amplo e estrito.

Em *lato sensu*, norma penal é tanto a que define um fato punível, impondo, abstratamente, a sanção, como a que amplia o sistema penal através de princípios gerais e disposições sobre os limites e ampliação de normas incriminadoras.

Em sentido estrito, norma penal é a que descreve uma conduta ilícita, impondo uma sanção (*sanctio juris*).

A norma penal obedece a peculiar técnica legislativa.

O legislador não diz expressamente que matar é crime, que é proibido matar, e sim que a ocisão da vida de uma pessoa por outra enseja a aplicação de determinada pena. Assim, o preceito imperativo que deve ser obedecido não se contém de maneira expressa na norma penal. A sanção e o comportamento humano ilícito é que são expressos.

Essa forma de elaboração legislativa deriva do princípio de reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Para que haja crime, é preciso uma lei anterior que o defina. Somente quando um fato se ajusta a um modelo legal de crime é que o Estado adquire o direito concreto de punir.

Em consequência, a regra proibitiva permanece implícita na definição do crime e só por via indireta é que pode ser determinada. Assim, no art.

121, *caput*, do CP, o legislador define o crime de *homicídio* na seguinte proposição: *Matar alguém*. Esse é o comportamento humano ilícito. De forma oculta, existe o mandamento proibitivo ou regra imperativa: *Não matarás*. No art. 155, *caput*, temos a definição da figura típica fundamental do crime de furto: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. De notar-se que o Código não diz “não furtarás”, que é o mandamento proibitivo. Este existe oculta ou implicitamente na norma.

Daí ter afirmado Binding que o criminoso não transgreda a lei, mas sim o preceito proibitivo (norma).

Ao lado das normas que descrevem condutas criminosas, há as que apenas determinam princípios sobre a aplicação e limitações daquelas. Com respeito a essa espécie de normas, não incriminadoras, a técnica legislativa é diferente, uma vez que o preceito imperativo vem determinado de forma expressa. Assim, no art. 41 do estatuto repressivo o legislador diz que “o condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado”. No art. 79 esclarece que “a sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado”. Temos, ainda, exemplos nos arts. 100, 107 etc.

No CC, o art. 186 impõe a sanção de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem. De observar que o comportamento humano ilícito é descrito de maneira ampla, ao contrário do que ocorre no Direito Penal, em que o tipo é fechado, definindo prévia e particularmente a conduta antijurídica. A técnica legislativa é, de certa forma, diversa da empregada pelo legislador penal. Daí por que dizia Eduardo J. Couture que a estrutura formal da lei penal, ao contrário da lei civil, “não se nos apresenta a *numerus apertus*, mas sim a *numerus clausus*. Não existem delitos senão aqueles definidos; os delitos são cunhados em tipos e não há atitude humana que não seja ou ato lícito ou delito. Se a conduta dos homens não se adapta à descrição típica do legislador, deve ser considerada como lícita, repudiando-se, então, a ideia do delito. Não existem delitos por extensão, nem delitos por analogia; o que existe é uma atitude antijurídica; e se esta última não é característica e não foi objeto de uma previsão expressa na lei penal, não há delito e prevalece a liberdade”³.

3. *Interpretação das leis processuais*, Max Limonad, 1956, p. 29.

b) Binding e a norma penal

Em toda norma penal incriminadora há duas partes distintas: o preceito e a sanção. Alguns preferem falar em preceito primário ou *preceptum juris* e preceito secundário ou *sanctio juris*.

No preceito principal, ou primário, vem definido o comportamento humano ilícito. No secundário, ou *sanctio juris*, vem exposta a sanção ou penalidade que se associa àquela conduta.

No art. 123 do CP temos o preceito primário na definição legal do crime de infanticídio: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”. Essa é a conduta humana ilícita. Logo abaixo, temos o preceito secundário: “Pena — detenção, de dois a seis anos”, que é a sanção imposta ao agente da conduta punível.

Ao tempo de Binding a opinião era de que o criminoso violava o preceito primário, ensejando a aplicação da *sanctio juris*. Já dizia Carrara, iniciando a sua famosa definição, que fato punível “é a infração da lei do Estado...”. E fundamentava a definição afirmando que a ideia geral do delito é a de uma violação (ou abandono) da lei, porque nenhum ato do homem pode ser-lhe censurado se uma lei não o proibia⁴.

Binding censurou esse modo de pensar. Disse que se nos fixarmos na redação dos *preceitos* contidos na lei penal, veremos que a proibição está implícita, pois a forma de expressar os fatos hipotéticos é meramente descritiva. Portanto, o delinquente não viola a lei, mas sim algo que está por cima da regra escrita; antes da lei penal e sobre ela está a norma: *o delinquente, ao invés de transgredir a lei penal, deve, em todo caso e ao contrário, agir de conformidade com a 1.ª parte dessa lei, em consonância com ela*⁵.

Se, para a exemplificação do afirmado por Binding, recorrermos ao CP brasileiro, veremos que, com referência ao furto, o legislador o define como o fato de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. É o preceito principal, como vimos. Logo após, é cominada a *sanctio juris*: “reclusão, de um a quatro anos, e multa” (art. 155, *caput*).

O agente, ao subtrair coisa alheia móvel, não infringe a lei penal, mas sim, conforme Binding, a realiza; pratica um fato que se amolda à definição legal do crime. O que o ladrão faz é violar o que está por cima da lei penal: o mandamento proibitivo “não furtarás”. O que o criminoso transgredir é o preceito proibitivo (norma), que precede conceitualmente a lei penal.

4. Programa de direito criminal, p. 50.

5. Apud Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, 4. ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 2, p. 312.

De acordo com o autor citado, tomando por exemplo o art. 121, *caput*, do mesmo estatuto, a descrição típica do homicídio está contida na lei penal: “Matar alguém”. O preceito proibitivo, ou norma penal, anterior àquela, constitui o mandamento “não matarás”. A lei apenas descreve o crime; a norma é que tem cunho valorativo.

Com sua teoria, Binding distinguia *norma penal* de *lei penal*. Esta cria o delito; aquela, o antijurídico. A lei penal descreve o crime, dando ao Estado o poder sancionador; a norma contém o preceito, de forma imperativa.

Para Binding, o preceito, que é a verdadeira norma, é estranho e pre-existe ao direito punitivo. Implícito na lei penal, é-lhe estranho, constituindo-se numa regra de Direito Público, em sentido genérico, formulada em lei ou não, a que o direito punitivo daria somente caráter de maior imperatividade. E, mesmo com a proteção da regra sancionadora, o preceito ainda continuaria a não pertencer ao direito punitivo, mas sim fazendo parte de um Direito supralegal.

Entre lei e norma legal, porém, não há essa diferença encontrada por Binding. Mais correto é afirmar que a lei é a fonte da norma penal. A norma é conteúdo da lei penal. Como diz Eduardo Correia, a norma proíbe ou impõe concretamente a respectiva conduta que descreve⁶. A regra jurídica que define um comportamento e determina uma penalidade como consequência está proibindo a conduta. Assim, o fundamento da lei é um princípio de comportamento, uma norma. A lei penal contém uma norma, que é a proibição da conduta por ela descrita. Em “matar alguém”, tal pena está contida a norma proibitiva “não matarás”.

O Direito Penal não é simplesmente complementar, sancionador de um Direito supralegal. Não é correto dizer que a norma não faz parte do Direito Penal, sendo estranha à lei. Seria difícil admitir, conforme observava Aníbal Bruno, “que o Direito Penal viesse a pôr a mais grave sanção com que o Estado assegura a autoridade de seus preceitos a normas que nem mesmo chegaram à dignidade do Direito. Essas normas sociais ou culturais só se tornam jurídicas, e, portanto, revestidas da autoridade estatal, quando o direito positivo as incorpora ao seu sistema como preceitos seus. Quando a norma jurídico-penal sanciona determinado fato, é que o comando ou proibição que ele transgride foi por ela elevado à categoria de imperativo jurídico e está implícito, como elemento normativo, na sua disposição, e é, assim, um preceito do Direito punitivo”⁷.

6. *Direito criminal*, p. 16.

7. *Direito penal*, v. 1, t. 1, p. 199.

c) Classificação das normas penais

As normas penais se classificam da maneira seguinte:

- 1.º) *normas penais incriminadoras*;
- 2.º) *normas penais permissivas*;
- 3.º) *normas penais finais, complementares ou explicativas*.

As normas penais permissivas e finais são chamadas *não incriminadoras*.

Normas penais *incriminadoras* são as que descrevem condutas puníveis e impõem as respectivas sanções. Ex.: arts. 121, *caput*; 155, *caput*; 172; 213 etc.

Normas penais *permissivas* são as que determinam a licitude ou a impunidade de certas condutas, embora estas sejam típicas em face das normas incriminadoras. Ex.: normas dos arts. 20 a 27; 28, § 1.º; 128; 140, § 1.º; 142; 150, § 3.º; 156, § 2.º; 181 etc.

Normas penais *complementares* ou *explicativas* são as que esclarecem o conteúdo das outras, ou delimitam o âmbito de sua aplicação. Ex.: normas dos arts. 4.º; 5.º; 7.º; 10 a 12; 33; 327 etc.

As normas penais ainda podem ser:

1.º) *gerais* ou *locais*: segundo a extensão espacial de sua aplicação, sendo as últimas de exceção, determinadas por condições peculiares a certas regiões do Estado;

2.º) *comuns* ou *especiais*: segundo a divisão do Direito Penal em Comum e Especial;

3.º) *completas* ou *incompletas*: as primeiras são as que definem os crimes com todos os seus elementos; as segundas, denominadas normas penais em branco, são as de definição legal incompleta. Ex.: conhecimento prévio de impedimento (CP, art. 237), em que os impedimentos dirimentes ao matrimônio não estão previstos na norma incriminadora, mas sim no CC (art. 1.521).

d) Caracteres das normas penais

1. Exclusividade

A norma penal é *exclusiva*, tendo em vista que somente ela define infrações e comina penas.

2. Imperatividade

A norma penal é *autoritária*, no sentido de fazer incorrer na pena

aquele que descumpre o seu mandamento. É ela que separa a zona do lícito da zona do ilícito penal. Na primeira, o homem pode agir livremente sem incorrer em qualquer sanção. Não pode, porém, ingressar na zona do ilícito penal sem sofrer consequências jurídico-criminais.

A todos é devido o acatamento à lei penal. Daí o seu caráter de obrigatoriedade.

Todas as leis ou normas penais são imperativas, mesmo as de caráter não incriminador, como as permissivas.

Diz-se que os dispositivos legais permissivos, se por um lado autorizam ações ou omissões dos sujeitos ativos, por outro impõem obrigações aos sujeitos passivos, para que não criem obstáculos ao exercício daquelas. Assim, com respeito à legítima defesa, prevista no art. 25 do CP, se de um lado o legislador autoriza a conduta do sujeito ativo, de outro impõe ao sujeito passivo a obrigação de não obstaculizar a reação daquele.

É certo que com a prática do fato típico surge a relação jurídico-punitiva: aparece o direito concreto de punir do Estado e a obrigação de o sujeito não impedir a aplicação da pena. Quando há uma norma penal permissiva, porém, como a que descreve a defesa legítima, ocorre uma inversão nos polos da relação jurídica entre o sujeito e o Estado. Sendo a legítima defesa um direito subjetivo em relação ao Estado, este tem a obrigação de reconhecer os efeitos dessa causa excludente da antijuridicidade. A ofensa legítima é um direito subjetivo de liberdade em relação ao Estado e não em relação ao ofensor (autor da agressão injusta). Assim, não é correto dizer que o sujeito passivo da legítima defesa tem a obrigação de abster-se de comportamento que turbe o exercício daquele direito.

As normas penais não incriminadoras, se bem que não contenham sanção expressa, não são desprovidas de sanção jurídica. São normas que se dirigem, sobretudo, aos órgãos do poder público, e a sua violação é juridicamente sancionada.

3. Generalidade

A norma penal atua para todas as pessoas. Tem eficácia *erga omnes*.

E aqui vem à baila o problema dos destinatários da norma penal.

As normas não incriminadoras, como vimos, dirigem-se, sobretudo, aos órgãos do poder público.

Quais são os destinatários das normas penais incriminadoras?

Diz-se que, em relação ao seu preceito primário, todos os cidadãos

são destinatários de seu conteúdo, ao passo que o secundário se dirige aos encarregados de sua aplicação. O certo, porém, é que também a *sanctio juris* tem destinação geral.

Os inimputáveis, como os alienados mentais, são destinatários das normas que definem crimes e cominam sanções?

Hold von Ferneck, Battaglini e Petrocelli respondem *negativamente*. No Brasil, Aníbal Bruno seguia seus ensinamentos, afirmando que “com a sua função definidora dos fatos puníveis e a sua força intimidativa pela ameaça da sanção, a norma penal não pode ter eficácia àqueles que não possuem plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Concluía dizendo que, “em geral, nas legislações modernas, os menores já estão fora do Direito Penal e os deficientes e os doentes mentais, segundo o grau da sua inimputabilidade, estão isentos de pena. Não somente a pena não lhes é aplicável, a própria lei penal não pode logicamente ser considerada como dirigida a eles”⁸.

O problema deve ser analisado no terreno da antijuridicidade, pois o caráter essencial do crime é ser uma conduta humana contrária ao Direito. A antijuridicidade, no Direito Penal brasileiro, deve ser estudada sob o ponto de vista objetivo. Ela existe em função da norma penal e não segundo a intenção ou opinião do agente. Somente nos crimes em que se exige elemento subjetivo do injusto, como veremos, a antijuridicidade é condicionada *a parte subjecti* do agente. Assim, se um alienado mental pratica um homicídio, o fato se reveste dos caracteres da tipicidade e injuridicidade. Só não se aplica a pena por faltar o juízo de culpabilidade⁹.

Então, a solução acertada é a daqueles que ensinam, em virtude do caráter objetivo da ilicitude, que o preceito primário da lei incriminadora serve de estalão para o juízo de valor sobre a juridicidade ou antijuridicida-

8. *Direito penal*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, t. 1, p. 211.

9. Observa José Frederico Marques que o conceito da antijuridicidade deve ser determinado objetivamente, sem relação com a culpa ou imputabilidade do agente. Consequentemente, “a conduta de um menor ou a de um louco podem ser consideradas ilícitas, se bem que não sejam condutas culpáveis. A imputabilidade é pressuposto ou elemento da culpa em sentido lato... Se assim não fosse, o homicídio cometido por um doente mental teria sempre o mesmo valor jurídico e seria, em qualquer caso, um fato lícito. A verdade, porém, é que se o crime praticado por um inimputável constitui um fato não punível, por outro lado, não se pode afirmar que se trate de um fato lícito, ou seja, de um fato que não esteja em antagonismo com os fins do Estado; basta dizer que o Estado reage ainda contra o ato do louco, não com a pena, mas com medida de segurança” (ob. cit., v. 2, p. 110).

de de qualquer ato humano. As normas jurídicas a todos se dirigem, e por isso nem aqueles a quem não se pune, por considerá-los a lei inimputáveis, estão subtraídos à sua eficácia imperativa.

Assim, mesmo os inimputáveis devem obediência ao mandamento proibitivo contido na norma penal incriminadora. E, como observou Gris-pigni, o Estado não pode de antemão saber a que sujeitos terá eficácia a norma; por isso, a cominação legal de *sanctio juris* se dirige a todos, para que após a prática do fato proibido possa ter-se em conta a individualidade própria do autor da infração, para se lhe aplicar, em lugar da pena, a medida de segurança cabível¹⁰.

4. Abstrata e impessoal

A norma penal é, ainda, abstrata e impessoal, dirigindo-se a fatos futuros.

Abstrata e impessoal porque não endereça o seu mandamento proibitivo a um indivíduo. Dirige-se a fatos futuros, uma vez que “não há crime sem lei anterior que o defina” (arts. 5.º, XXXIX, da Const. Federal, e 1.º do CP).

3. DA NORMA PENAL EM BRANCO

a) Conceito

Foi Binding quem pela primeira vez usou a expressão “lei em branco” para batizar aquelas leis penais que contêm a *sanctio juris* determinada, porém o preceito a que se liga essa consequência jurídica do crime não é formulado senão como proibição genérica, devendo ser completado por outra lei (em sentido amplo).

Normas penais em branco são disposições cuja sanção é determinada, permanecendo indeterminado o seu conteúdo. Ex.: a Lei n. 8.137, de 27-12-1990, que define crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, no inciso I de seu art. 6.º impõe a pena de detenção, de um a quatro anos, ou multa, a quem “vender ou oferecer à venda mercadoria” “por preço superior ao oficialmente tabelado”. A sanção vem determinada, ao passo que a definição legal do crime é incompleta, uma vez que se condiciona à expedição de portarias administrativas com as tabelas de preços.

10. Apud José Frederico Marques, ob. cit.

Estas completam a norma penal incriminadora.

Depende, pois, a exequibilidade da norma penal em branco (ou “cega” ou “aberta”) do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais). A sanção é imposta à transgressão (desobediência, inobservância) de uma norma (legal ou administrativa) a emitir-se no futuro.

b) Classificação

As normas penais em branco se classificam em:

- a) normas penais em branco em sentido lato;
- b) normas penais em branco em sentido estrito.

Normas penais em branco em sentido lato são aquelas em que o complemento é determinado pela mesma fonte formal da norma incriminadora. O órgão encarregado de formular o complemento é o mesmo órgão elaborador da norma penal em branco. Há, pois, homogeneidade de fontes, não obstante a norma depender de lei extrapenal para completar-se.

Exs.:

1.º) O art. 237 do CP define como crime o fato de “contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta”. Quais são esses impedimentos? O artigo não diz. Por isso, contém norma penal em branco. É o CC, em seus arts. 1.521, 1.523 etc., que determina os impedimentos dirimentes absolutos ou públicos. Então, a lei extrapenal serve de complemento à descrição completa do art. 237. E, nos termos do art. 22, I, da Const. Federal, compete à União legislar sobre Direito Civil e Penal. Logo, embora o complemento esteja contido em outra lei, emana da mesma fonte legislativa.

2.º) No art. 178 o CP incrimina o fato de “emitir conhecimento de depósito ou *warrant*, em desacordo com disposição legal”. Constitui norma “aberta”, pois o seu conteúdo não é completo. O complemento é a “disposição legal” que regula o conhecimento de depósito e o *warrant*. As fontes formais são homogêneas (compete à União legislar sobre Direito Comercial).

3.º) O art. 184 incrimina e apena, indistintamente, os atos de violação do direito de autor de obra literária, científica ou artística, sem lhes definir o conteúdo, que é completado pela lei civil.

Normas penais em branco em sentido estrito são aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa. As fontes formais são heterogêneas, havendo diversificação quanto ao órgão de elaboração legislativa.

Exs.:

1.º) A Lei n. 8.137, de 27-12-1990, que impõe determinada sanção a quem vende ou oferece à venda mercadoria por preço superior ao oficialmente tabelado, de maneira que a sua aplicabilidade é subordinada à subsequente expedição (com base no poder de polícia) de portarias ou editais administrativos com as tabelas de preços (art. 6.º, I).

2.º) O art. 268 de nosso estatuto repressivo define a figura do crime de infração de medida sanitária preventiva da seguinte forma: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. Seu complemento se contém nas “determinações do poder público”, mediante editais ou portarias, oficialmente publicados. Tais medidas podem advir do poder público estadual ou municipal.

3.º) O art. 269 pune o fato de “deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”. Essas doenças são determinadas por outras leis ou regulamentos¹¹.

4.º) O art. 33 da Lei n. 11.343, de 23-8-2006, define o crime de importar ou exportar, preparar, produzir etc. “drogas”, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nos termos do art. 66 da referida lei, “Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1.º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998”. Como se vê, o complemento pode ser expedido por órgão diverso da União. Neste caso, cuida-se de uma portaria expedida por órgão do Ministério da Saúde.

Cumpra-se notar que às vezes o complemento preexiste à norma penal em branco, como no caso do art. 178 do CP. Outras vezes é porvindouro, como na transgressão de tabelamentos de preços.

Os regulamentos, portarias ou editais integram a norma penal?

Respondia afirmativamente Nélson Hungria, dizendo ser óbvio que os regulamentos, portarias ou editais passam a fazer corpo ou unidade lógica com a lei penal¹².

Dáí resulta que, podendo o complemento ser elaborado por autoridades municipais e estaduais, e anotando que só a União pode legislar sobre Di-

11. Código Sanitário do Estado de São Paulo, em seu art. 480, arrola as doenças (Dec. n. 12.342, de 27-9-1978).

12. *Comentários ao Código Penal*, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, t. 1, p. 104, n. 7.

reito Penal, excepcionalmente o conteúdo da lei penal incriminadora pode ser completado por órgão outro que não aquela. Certa, pois, a observação de Soler, segundo a qual a lei penal em branco, que defere a outro a fixação de determinadas condições, não é nunca uma carta branca outorgada a esse poder para que assuma funções repressivas, e, sim, o reconhecimento de uma faculdade meramente regulamentar¹³. A observação tem razão de ser, uma vez que as normas penais em branco, em que o complemento constitui elemento normativo, causam considerável indeterminação no conteúdo do tipo, enfraquecendo sua função de garantia, pois fazem às vezes depender de órgão que não a União a própria existência da conduta punível.

4. A INTEGRAÇÃO DA NORMA PENAL

a) As lacunas da lei penal

O legislador não consegue prever todas as hipóteses que podem ocorrer na vida real. Esta, em sua manifestação infinita, cria a todo instante situações que o legislador não lograra fixar em fórmulas legislativas. Como dizia Del Vecchio, o *jus scriptum* é insuficiente para refletir a realidade que constantemente se renova, e para oferecer uma solução a todas as exigências novas da vida social. A impossibilidade para o espírito humano de formular previamente todos os casos possíveis do futuro foi explicitamente declarada há séculos pelos juristas romanos. Mas a noção dessa impossibilidade ainda é mais viva na Idade Moderna, em consequência das rápidas transformações das condições de vida, do aparecimento de novas formas de atividade e do despontar de problemas e contrastes novos; e é muito difícil que esses problemas e contrastes possam sempre encontrar uma base segura para solução nas leis já em vigor¹⁴. Esse desnível entre a previsão legislativa e as ocorrências da vida real provocou de Lacerda de Almeida o atribuir pernas curtas ao legislador¹⁵.

Devido a isso, inúmeras situações surgirão não previstas de modo especial pelo legislador. Esgotados os meios interpretativos, cumpre ao aplicador suprir a lacuna da lei, uma vez que não lhe é permitido escusar-se de sentenciar ou despachar a pretexto de omissão da norma. O art. 126 do CPC determina que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as

13. *Derecho penal*, v. 1, p. 129.

14. *Justice, droit, État*, p. 95.

15. *Arquivo Judiciário*, 77:41.

normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Surge, então, o problema da integração da norma, mediante os recursos fornecidos pela ciência jurídica. Possui realmente a lei, ensina Washington de Barros Monteiro, a faculdade de autointegração, a faculdade de completar-se a si mesma através de processos científicos preexistentes, manipulados ou trabalhados pelo julgador¹⁶. Esses processos são a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Determina o art. 4.º da Lei de Introdução ao CC: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Não há lacunas de direito. Como diz García Máynez, “al preguntarnos si existen realmente lagunas en el Derecho pensamos que la respuesta debe ser: el Derecho carece de lagunas; la ley las tiene necesariamente”¹⁷. A atitude do intérprete em face da situação não prevista é apontada pelo próprio direito, quando dispõe que tais casos se resolvem pelos processos científicos apontados. Quando o texto da lei reflete o caso, sem margem de dúvidas, é este resolvido por aquele; quando não tiver sido prevista de maneira expressa a situação de fato apresentada pela vida, será todo o ordenamento jurídico, em sua integridade, que estará presente para decidir a questão. Não existem, consequentemente, lacunas do direito. Haverá, quando muito, omissões de previsão expressa¹⁸.

A norma penal também apresenta lacunas que devem ser preenchidas pelos recursos supletivos para o conhecimento do Direito. Nem todos concordam com isso diante do princípio de reserva legal, sob fundamento de que tudo o que não vem descrito como conduta punível é permitido pelo Direito Penal, estando impedido o intérprete de usar os processos científicos de integração da norma penal, pois seria ela completa em si mesma. De observar, porém, como o fazia José Frederico Marques, que se a lei penal, quando define delitos e comina pena, não pode apresentar falhas e omissões, uma vez que a conduta não prevista legalmente como delituosa é sempre penalmente lícita, extenso campo sobra, mais além das regras penais incriminadoras, no conteúdo dos preceitos que disciplinam fatos de outra natureza, também afetos à regulamentação jurídica da norma penal¹⁹. Assim, não possuem lacunas as normas penais incriminadoras, em face do princípio de

16. *Curso de direito civil*; parte geral, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 1978, p. 38 e 39.

17. *Introducción al estudio del derecho*, p. 350.

18. Eduardo J. Couture, *Interpretação das leis processuais*, trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Max Limonad, 1956, p. 44.

19. Ob. cit., p. 162.

reserva legal. As normas penais não incriminadoras, porém, em relação às quais não vige aquele princípio, quando apresentam falhas ou omissões, podem ser integradas pelos recursos fornecidos pela ciência jurídica.

b) Direito Penal e direito de exceção

Direito excepcional é aquele que, quebrando a unidade de um sistema de direito comum ou especial, derroga, para casos particulares, a regra que deveria ser normalmente aplicável. É também chamado direito estrito.

Há autores que negam a existência de lacunas mesmo em relação às normas não incriminadoras, sendo proibida a sua integração, uma vez que as leis que definem causas de exclusão da antijuridicidade são excepcionais, devendo ser aplicadas de forma estrita. Afirmou Arturo Rocco, porém, que, se a norma penal tem natureza excepcional, não podem ser excepcionais as leis negativas desses preceitos: como exceção da exceção, estas assumem a condição de regra e norma de direito comum, do mesmo modo que a negação da negação é a afirmação²⁰.

O Direito Penal, todavia, não é um conjunto de regras de exceção. Sob outro aspecto, as normas negativas das incriminadoras não são, também, regras excepcionais.

Seria errôneo que todo um conjunto de regras jurídicas, com princípios próprios, regulados sistematicamente, pudesse ser de direito estrito. No Direito Penal nada há de excepcional, porque ele é um complexo de regras legais que regem uma típica exteriorização de atividade antissocial, ou seja, a conduta punível. Não há entre o Direito Penal, de um lado, e o Direito Civil, de outro, qualquer desvio de natureza lógica que justifique a excepcionalidade do primeiro. Como dizia José Frederico Marques, citando Bettiol, o Direito Penal se acha sobre o mesmo plano que qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, e seu objeto é regulamentar as consequências jurídicas do crime, o qual, se do ponto de vista social é um fenômeno patológico (como o é, p. ex., o inadimplemento das obrigações), sob o aspecto jurídico necessita da mesma disciplina normal própria do negócio ou ato administrativo ou civil. Estamos sob o plano de regras normais, e não de exceções²¹.

As causas de exclusão da antijuridicidade não constituem normas de exceção. Encontram-se definidas em normas legais da mesma forma que os

20. Apud José Frederico Marques, ob. cit., p. 162 e 163.

21. Ob. cit., p. 163.

preceitos que descrevem os crimes na parte especial dos códigos. Tanto essas normas não têm natureza excepcional que o legislador teve o cuidado de inseri-las na parte geral dos códigos, isto porque seu conteúdo se aplica a todos os crimes, sem distinção.

c) Integração da norma penal: critério de admissão

Os preceitos da LICC se aplicam a todos os ramos do Direito. É aplicável, pois, ao Direito Penal, o seu art. 4.º, que afirma a integração da norma jurídica pela analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Assim, as lacunas da norma penal podem ser supridas pelos processos científicos determinados pelo legislador.

A integração só pode ocorrer em relação às normas penais não incriminadoras, porque, em relação às que descrevem crimes e impõem sanções, vigora o princípio da legalidade. Conclui-se que a analogia, o costume e os princípios gerais de direito não podem criar condutas puníveis nem impor penas: nesse campo, a norma penal não possui lacunas.

Daí porque dizia José Frederico Marques que onde o art. 4.º encontra aplicação plena e cabal é em relação aos casos de licitude excepcional e de isenção de culpabilidade. As omissões do legislador, nesse terreno, autorizam o juiz a cobrir as falhas da lei com os processos de integração jurídica²².

5. FONTES FORMAIS MEDIATAS

a) O costume

1. Conceito

O costume consiste no conjunto de normas de comportamento a que pessoas obedecem de maneira uniforme e constante pela convicção de sua obrigatoriedade. Por obediência uniforme entende-se a prática de atos da mesma espécie. Por constante, entende-se a sua reiteração de forma continuada, por período mais ou menos longo.

Distingue-se o costume do hábito pela convicção de sua obrigatoriedade jurídica.

22. Ob. cit., p. 165.

2. Elementos

O costume possui dois elementos:

1.º) elemento objetivo: a constância e uniformidade da prática de determinados atos;

2.º) elemento subjetivo: o convencimento geral da necessidade jurídica da conduta repetida (*opinio juris et necessitatis*).

3. Espécies

O costume pode ser:

1) *contra legem*;

2) *secundum legem*;

3) *praeter legem*.

Conforme ensina José Frederico Marques, a primeira forma ora se apresenta com o aspecto de desuso, tornando inaplicáveis normas existentes, ora sob o caráter de fonte criadora de preceitos que ampliem as justificativas e as discriminantes penais. O costume *secundum legem* consiste em regras sobre a uniforme interpretação e aplicação da lei. O último funciona como elemento heterointegrador das normas penais não incriminadoras, quer cobrindo-lhes as lacunas, quer especificando-lhes o conteúdo e a extensão²³.

O desuso pode ser admitido como forma revogadora das normas penais?

Não. De acordo com o que se contém no art. 2.º da LICC, “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Assim, mesmo que uma norma penal não tenha aplicação durante longo tempo, por ausência de *notitia criminis* do ofendido, ou por ineficácia da autoridade, permanece válido o seu conteúdo imperativo e pode ser usada em qualquer momento.

O costume pode criar delitos e determinar penas?

Não. Impede-o o princípio de reserva legal: não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. A conduta punível, positiva ou negativa, só pode resultar de um modelo legal, nunca de normas consuetudinárias. O costume não é fonte formal imediata e criadora de Direito Penal. Por mais nocivo que seja um fato ao senso moral da coletividade, será atípico se não estiver definido em lei como crime.

Não significa que o costume não possua qualquer valor em matéria penal. Como elemento de interpretação, tem validade no próprio campo

23. Ob. cit., p. 173.

das normas incriminadoras. Na realidade da vida os fatos descritos como crimes pelas leis variam de acordo com a região e o meio social. Assim, em certas figuras típicas o legislador insere determinadas expressões que ensejam a invocação do costume como elemento exegético. Ex.: “*reputação*” (art. 139); “*dignidade e decoro*” (art. 140); “*ato obsceno*” (art. 233); “*objeto obsceno*” (art. 234). Nestes casos, é no costume que o intérprete encontra o significado do conceito. As elementares “*dignidade*” e “*decoro*” do crime de injúria variam conforme o local. Palavras que numa região são ofensivas à honra subjetiva, de acordo com o sentimento prevalente, não o são em outras. Às vezes há até um antagonismo: em certas regiões do país dar o nome de “*rapariga*” a uma mulher é injuriá-la; em outras, é lisonjeá-la. Ocorre que em certos locais o costume conceituou a expressão como meretriz, quando normalmente significa mulher moça. Nota-se, então, o valor do costume como elemento interpretativo, no sentido de determinar a validade cultural, social e ética do termo, apto a delimitar o seu conteúdo.

Qual o valor do costume em face das normas penais não incriminadoras?

A validade do direito consuetudinário nos domínios do Direito Penal se mostra iniludível no tocante às normas permissivas, ampliando a extensão das causas excludentes da antijuridicidade ou culpabilidade. Não impede a sua eficácia o princípio de reserva. Este significa que não há conduta criminosa sem lei anterior, mas não que inexista causa de exclusão do injusto ou da culpabilidade sem lei. Além das causas excludentes previstas no *jus scriptum*, o costume, como fonte secundária ou formal mediata, pode criar outras.

b) Os princípios gerais do direito

Nos termos do art. 4.º da LICC, quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Não são fontes formais imediatas do Direito Penal, mas sim mediatas. E, mesmo assim, só podem suprir as normas penais não incriminadoras. Conforme ensinava Manzini, quando faltam disposições da lei que definem um determinado caso, não se pode suprir com os princípios gerais do direito, porque a ausência de uma norma jurídica, em matéria atinente à liberdade individual, significa que o fato de que se trata é lícito, ou, quando menos, juridicamente indiferente²⁴. Na legislação brasileira está afirmado esse princípio no art. 1.º do estatuto repressivo.

24. *Trattato di diritto penale*, 1941, v. 1, p. 259.

Que são princípios gerais do direito?

José Frederico Marques, aceitando a lição de Carnelutti, observava que esses princípios gerais descansam em premissas éticas que são extraídas, mediante indução, do material legislativo. Vê-se que as lacunas da lei, ao serem preenchidas pelos princípios gerais do direito, obrigam a criação de regras formuladas pelos princípios morais que informam a legislação onde ocorre o caso omissio²⁵.

É no campo da licitude penal que têm função os princípios gerais do direito, ampliando-a. Em certos casos, a adequação típica do fato praticado pelo agente a uma norma penal incriminadora, que enseja a aplicação da *sanctio juris*, choca-se com a consciência ética do povo. Não obstante haver crime em face da norma, essa conclusão é repelida pelas regras do bem comum. Então, o fato deve ser justificado pelo princípio geral do direito e o agente absolvido. Quem iria, p. ex., condenar pela prática de lesão corporal leve a mãe que fura a orelha da criança para pôr brincos? No entanto, o fato é típico. A ausência de condenação se alicerça, inclusive, nos princípios gerais do direito.

6. FORMAS DE PROCEDIMENTO INTERPRETATIVO

a) A equidade

Equidade é a perfeita correspondência jurídica e ética das normas às circunstâncias do caso concreto a que estas se aplicam (Luis Jiménez de Asúa).

Possui duas funções:

- a) na elaboração da norma, como critério político e ético;
- b) na interpretação da norma, como princípio de igualdade.

Às vezes, a equidade tem força de excluir a pena, como nos casos de perdão judicial (arts. 140, § 1.º; 176, parágrafo único; 180, § 3.º; e 249, § 2.º).

Não é fonte do Direito Penal, servindo como forma de procedimento interpretativo.

b) A doutrina

Doutrina é o conjunto de investigações e reflexões teóricas e princípios metodicamente expostos, analisados e sustentados pelos autores e tratadistas.

25. Ob. cit., v. 1, p. 175.

tas, no estudo das leis. São as opiniões e as ideias emitidas pelos juristas, consultos ou escritores de Direito, que não se limitam a fazer a exegese dos textos legais, mas sistematizam todo o Direito, formulam princípios, propõem ideias, aconselham reformas legislativas, guiam e encarregam jurisprudência (Cunha Gonçalves).

Não é fonte do Direito Penal. A *communis opinio doctorum*, por maior que seja a autoridade de que emana, não é mais que tarefa de interpretação do estudioso. Mesmo quando o doutrinador estabelece e aconselha a aceitação e elaboração de normas penais novas, para suprir a ausência ou defeito de outras, não cria direito e sim faz política legislativa. É certo que os legisladores, quando elaboram um novo CP, ouvem os conselhos e críticas dos estudiosos da matéria. Essa função é de grande valia, mas não de molde a dar valor de fonte à doutrina.

c) A jurisprudência

A jurisprudência, que constitui a repetição constante de decisões no mesmo sentido em casos idênticos, não é fonte do Direito Penal. Alguns entendem de outra forma, afirmando que a reiteração de decisões no mesmo sentido acaba sendo um costume, e este é fonte formal secundária.

Não se pode negar valor à jurisprudência. Ela se forma no trabalho exegético dos juízes e tribunais, no exercício da função jurisdicional. Interpretando e aplicando o Direito ao caso concreto, de maneira constante e uniforme, o trabalho dos tribunais tem relevância para os juízes de instância inferior. Se uma orientação é adotada seguidamente pelos magistrados superiores, presume-se que seja a mais acertada. Mas, dizer daí que é fonte formal, vai grande distância. Se por fonte formal se entende a maneira de exteriorização da norma penal, é evidente que a jurisprudência não apresenta essa característica.

d) Os tratados e convenções

Entendia Roberto Lyra que os tratados e convenções internacionais constituem fontes imediatas de Direito Penal²⁶.

Com razão contestava essa opinião Magalhães Noronha, porque os tratados não têm força senão depois do *referendum* do Congresso (Const. Federal, art. 84, VIII), e, conseqüentemente, passam a ser fontes como leis²⁷.

26. *Direito penal*, p. 252.

27. *Direito penal*, 18. ed., São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 62.

Como ensina Raul Pederneiras, “*tratado* é o ato pelo qual dois ou mais Estados estabelecem, modificam ou extinguem um vínculo jurídico. Difere da *convenção*, não política, por sua forma mais solene e por abranger questões menos genéricas”²⁸.

Vale lembrar que após a edição da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional, em cada uma de suas Casas, em dois turnos, por três quintos dos seus membros, terão força normativa equivalente à de emendas constitucionais.

28. *Direito internacional compendiado*, 6. ed., p. 221.

Capítulo III

INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

1. CONCEITO

Interpretar é *inter pretare*, que deriva de *inter press*, corretor, intermediário, mediador. Intérprete é o mediador entre o texto da lei e a realidade¹.

A interpretação consiste em extrair o significado e a extensão da norma em relação à realidade. É uma operação lógico-jurídica que se dirige a descobrir a vontade da lei, em função de todo o ordenamento jurídico e das normas superiores de cultura, a fim de aplicá-las aos casos concretos da vida real.

A interpretação da lei penal tem fundamento nas mesmas regras que norteiam a interpretação em geral. Como diz Antolisei, concorde é hoje a doutrina em entender que a interpretação da lei penal se subordina às regras que se impõem às outras leis.

2. NECESSIDADE DE INTERPRETAR AS LEIS

O Direito Penal, ao contrário do Direito Civil, não se nos apresenta a *numerus apertus*, mas sim a *numerus clausus*. Não há infrações senão as descritas pela lei penal e, em consequência, não há comportamento humano que não seja ou conduta lícita, ou ilícito penal. Daí a importância e a necessidade de ser interpretada, pois o pensamento que nela se contém, por mais claro que seja, exige um trabalho prévio do exegeta, no sentido de declarar a existência de uma relação de vida subordinada às determinações do Direito.

1. A construção dessa matéria segue as lições de Asúa em seu *Tratado de derecho penal*, 4. ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1976.

Antiga regra afirmava que *in claris non fit interpretatio*. Somente quando se perde a clareza do texto é necessário entrar em seu espírito, formulava um apótema do Direito Romano.

De ver, porém, como observou Dorado Monteiro, que “no sólo las leyes obscuras o equívocas deben ser interpretadas; lo han de ser todas, incluso las clarísimas”². Por outro lado, a própria conclusão de ser clara a lei depende de ser interpretada. Assim, a verificação da clareza, ao invés de afastar o trabalho exegético, implica e pressupõe o seu uso. Como saber se uma lei é clara senão depois de interpretá-la?

Em matéria penal, em face do incessante debate entre as doutrinas, a norma, por mais cuidada seja a sua elaboração técnica, não se exime à diversidade de compreensão. Um texto que para alguns é de clareza meridiana, para outros, que o interpretam sob aspecto diverso, oferece obscuridades e contradições.

Por mais clara seja a letra da lei penal, como qualquer regra jurídica, não prescinde do labor exegético, tendente a explicar-lhe o significado, o justo pensamento, a sua real vontade, a sua *ratio juris*.

3. NATUREZA DA INTERPRETAÇÃO

Com a interpretação busca-se a vontade da lei ou a vontade do legislador?

A “Escola Exegética” identifica o sentido da lei com a vontade do legislador. O princípio recebeu críticas, pois o propósito do legislador pode não ser o que contém, objetivamente, os preceitos do texto legal. A lei terminada, disse Finger, independe de seu passado. A outra posição entende que a interpretação deve ser teleológica, no sentido de fazer aflorar a vontade da lei.

A verdade é que, como diz García Máynez, “para que una iniciativa se transforme en ley basta la concurrencia de un conjunto de requisitos formales, señalada por determinadas normas, pero en modo alguno se exige que quienes aprueban el proyecto quieran realmente el contenido de éste: lo único indispensable que voten por él”³.

4. ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO

a) Quanto ao sujeito que faz:

- a) autêntica;

2. *Problemas*, p. 177.

3. Interpretación en general e interpretación jurídica, *Curso colectivo sobre la interpretación de la ley*, p. 9.

- b) doutrinária;
- c) judicial.

A interpretação, segundo o órgão de procedência, pode ser *autêntica* ou legislativa, *judicial* e *doutrinária* (ou doutrinal ou científica).

1. Interpretação autêntica

Diz-se autêntica a interpretação quando procede do próprio órgão de que emana. É a interpretação que parte do próprio sujeito que elaborou o preceito interpretado.

Pode ser contextual ou posterior.

Contextual é a interpretação que o legislador faz no próprio texto da lei. Ex.: o conceito de funcionário público contido no art. 327 do CP.

As rubricas e epígrafes dos títulos e capítulos do Código não são consideradas formas de interpretação autêntica contextual. Servem, porém, como elemento de interpretação.

Os trabalhos preparatórios (anteprojetos, projetos e debates parlamentares) revelam a intenção do legislador. Como a interpretação procura revelar a vontade da lei, claro está que não são formas de interpretação, mas elementos históricos de exegese.

A Exposição de Motivos constitui interpretação autêntica?

A Exposição de Motivos não é interpretação autêntica, uma vez que:

- 1) não é uma lei;
- 2) não tem força obrigatória;
- 3) é possível notar-se antinomia entre ela e o texto legal⁴.

Vale como forma de interpretação doutrinária.

Interpretação autêntica posterior é a realizada pelo sujeito da regra que se interpreta depois de ditada a lei, com o fim de elidir incerteza ou obscuridades. Ex.: na legislação italiana, o art. 157, da Lei de P. S., T. U., de 1962, falava em “coletas”, dando margem a dúvida quanto ao significado. “Coletas” beneficentes ou qualquer “coleta”? Para resolver a questão, surgiu o art. 301 do Regulamento de P. S., de 1929, explicando que as “coletas” deveriam ser de beneficência.

Alguns autores consideram impróprio o termo *interpretação* nos casos de intervenção posterior do legislador, pois não é ato de interpretação, mas

4. Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, 1980, v. 1, t. 1, p. 170.

lei nova⁵. Mas, como observava Battaglini, a interpretação autêntica produz realmente efeitos diferentes das demais formas exegéticas, permanecendo interpretação por sua própria essência, como indagação que é do verdadeiro conteúdo da norma de direito⁶. Se o novo dispositivo apenas determina o sentido do precedente, não se lhe pode negar o caráter meramente interpretativo, e não criador de Direito. Agora, se a nova lei acrescenta algo de novo, modificando a relação jurídica contida na anterior, constitui uma nova regra, com conteúdo próprio e autônomo, não se podendo dizer seja, puramente, interpretativa.

Ensinava Asúa que a genuína interpretação autêntica constitui “una norma de interpretación, que no posee nuevo contenido legal, sino que restituye el primigenio al significado verdadero, a menudo torcido por los fallos judiciales”⁷. Entende, pois, que a genuína interpretação autêntica não é lei nova, mas norma interpretativa. Quando, porém, inovar em vez de aclarar o conteúdo ou extensão do dispositivo precedente, será lei nova, com conteúdo próprio e autônomo. Assim, a Lei n. 4.451, de 4-11-1964, que acrescentou à figura típica do crime previsto no antigo art. 281 do CP o núcleo *plantar*, deve ser considerada “lei nova” e não norma interpretativa.

De grande importância se reveste a questão da eficácia retroativa da interpretação autêntica. A norma interpretativa alcança os fatos ocorridos antes de sua vigência?

A norma de interpretação, afastando a incerteza acerca da compreensão e extensão do dispositivo contido em lei anterior, pela sua própria essência, tem efeito *ex tunc* e não somente *ex nunc*: retroage a partir da vigência da lei a que se liga. Se, porém, tratando-se de lei nova, modificar as disposições preexistentes, não será, puramente, norma interpretativa, e é óbvio que não poderá retroagir se for mais gravosa. É a lição de Asúa, ao afirmar que “si la interpretación hecha por el órgano legislativo o legiferante, de onde procedía la ley que era necesario restituir en su pristina significación, no es una nueva ley, sino tan sólo normas interpretativas, éstas deben tener vigencia *ex tunc* y no sólo *ex nunc*... Mas ocurre esto cuando se trata de genuína interpretación auténtica, y no cuando la norma aclara o decide un problema controvertido. En este último caso es obvio que la interpretación auténtica se comporta como una nueva ley penal con todos sus efectos de validez en el tiempo”, não podendo retroagir, salvo para favorecer o agente⁸.

5. Maggiore, *Principii di diritto penale*, Bologna, 1937, v. 1, p. 395; Manzini, *Tratato di diritto penale*, Torino, 1933, v. 1, p. 269.

6. Ob. cit., p. 51 e 52.

7. Ob. cit., v. 2, p. 425.

8. Ob. cit., p. 426. Entendia Pontes de Miranda que toda lei posterior é nova e não norma de interpretação (*Tratado de direito privado*, 1954, t. 1, n. XIII, p. 66).

2. Interpretação doutrinária

Interpretação doutrinária, doutrinal ou científica, é feita pelos escritores de direito, em seus comentários às leis. É a denominada *communis opinio doctorum*.

3. Interpretação judicial

É a que deriva dos órgãos judiciários (juízes e tribunais). Não tem força obrigatória senão para o caso concreto (sobrevindo a coisa julgada).

Modernamente, a função do magistrado não é simplesmente repetir as palavras da lei, mas imprimir um sentido mais prático à interpretação elaborada em função dos casos verificados *hic et nunc*. Com isto, juízes e tribunais vão modelando a lei, através do diuturno contato com os fatos, ensejando a formação de preceitos novos em que seu significado e sua extensão vêm perfeitamente cunhados em regras de maior aproximação com a vida social.

A atividade jurisdicional é criadora de Direito?

Para Asúa, o juiz não pode criar direito, sendo animadora do direito a sua função, no sentido de aplicá-la ao caso concreto.

Qual o objeto da interpretação judicial?

Constitui objeto da interpretação judicial a busca da vontade da lei, não a do legislador.

São regras norteadoras da interpretação judicial, segundo Asúa:

1.ª) O precedente não tem força obrigatória. Para cada caso o magistrado deve fazer nova apreciação. Se assim não fosse, a obrigatoriedade do precedente entraria em choque com a missão jurisdicional de distribuição de Justiça, que força o juiz a procurar a compreensão e extensão da lei, em face das peculiaridades dos casos concretos. Sobre o assunto, diz o art. 3.º do CC chileno que “as sentenças judiciais não têm força obrigatória, senão com respeito às causas em que atualmente se pronunciaram”.

2.ª) O juiz não cria o Direito. Somente aplica e anima o preceito legal, estando impedido de aplicar a analogia *in malam partem*.

3.ª) O intérprete judicial, para descobrir a vontade da lei, deve empregar os métodos gramatical e teleológico, para chegar a um resultado declarativo, extensivo ou restritivo.

b) Quanto aos meios empregados

A interpretação se divide em:

- a) gramatical, literal ou sintática;
- b) lógica ou teleológica.

1. Interpretação gramatical, literal ou sintática

A primeira tarefa que deve fazer quem procura interpretar a lei, no sentido de aflorar a sua vontade, é recorrer ao que dizem as palavras. É a interpretação gramatical, literal ou sintática. Sobre ela, diz o art. 12 das “Disposições Preliminares” do CC italiano que, “ao aplicar a lei, não se lhe pode atribuir outro sentido senão o que ressalta do significado próprio das palavras, segundo sua conexão e a intenção do legislador”. O CC chileno, por sua vez, em seu art. 19, determina que, “quando o sentido da lei é claro, não se desatenderá seu teor literal, a pretexto de consultar seu espírito”. A LICC, com vantagem, preceitua que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5.º).

A simples análise gramatical não é suficiente, porque pode levar a conclusão que aberre do sistema. Sob pena de grave equívoco, a interpretação literal não deve abster-se de visão de todo o sistema. Para que se apreenda o significado de uma norma é preciso perquirir-lhe a finalidade: a *ratio legis*. Daí ser necessária a interpretação lógica ou teleológica.

2. Interpretação lógica ou teleológica

É a que consiste na indagação da vontade ou intenção objetivada na lei⁹. Na maioria dos casos, a simples perquirição gramatical não é suficiente para exteriorizar a extensão e compreensão da norma, sendo necessária uma pesquisa mais profunda, mais rica em subjetividade, que indique qual a real finalidade de sua elaboração. Daí sai o intérprete para o estudo do elemento lógico, aprofundando mais a sua exploração no sentido da lei. Passa, então, a investigar os motivos que determinam o preceito, as necessidades e o princípio superior que lhe deram origem, o que os clássicos chamaram *ratio legis*; o elemento teleológico, o fim visado pela lei, a *vis legis*, e, finalmente, as circunstâncias do momento em que se originou, a *occasio legis*¹⁰.

9. Observava Magalhães Noronha que ela “procura a vontade da lei e não a do legislador, pois, na verdade, aquela pode até opor-se a esta” (*Revista Interamericana do Ministério Público*, São Paulo, n. 2:35, nov./1956).

10. Aníbal Bruno, *Direito penal*, 1978, v. 1, t. 1, p. 216.

De observar que a interpretação deve ser única sob o aspecto de dever o exegeta empregar, harmonicamente, os meios gramatical e teleológico. Se ocorrer contradição entre as conclusões da interpretação literal e lógica, deverá a desta prevalecer, uma vez que atenda às “exigências do bem comum” e aos “fins sociais” a que a lei se destina.

A interpretação teleológica se vale dos seguintes elementos:

ratio legis,

sistemático,

histórico,

Direito Comparado,

extrapenal e

extrajurídico.

O primeiro elemento que serve à interpretação lógica é a denominada *ratio legis*, ou seja, o escopo prático da norma, a sua razão finalística, que é alcançada pela consideração do bem ou interesse jurídico que visa a proteger (vida, patrimônio, liberdade, fé pública etc.). Não se confunde a *ratio legis* com a *occasio legis*, ou seja, motivos ocasionais que forjaram a sua elaboração.

Imprescindível é o elemento sistemático. Por intermédio dele se coteja o preceito interpretado com os das outras normas que regulam o mesmo instituto, ou com o conjunto da legislação e mesmo com os princípios gerais do direito. As divisões sistemáticas, os títulos e as rubricas da lei também servem de elementos esclarecedores de sua vontade.

O elemento histórico é de grande valia. A lei não surge espontaneamente, por mero capricho ou arbítrio do legislador, mas em função de uma evolução histórica, com suas etapas de formação e gradativo aperfeiçoamento. Por isso, para ser descoberta a “vontade da lei”, necessário se torna conhecer a sua história. O intérprete procura a origem da lei, estuda a sua evolução e modificações antes de cuidar do exame dos aspectos de que se reveste no texto atual. Os trabalhos preparatórios, os debates parlamentares e as exposições de motivos, que não constituem interpretação autêntica, têm elevada importância como elementos históricos no trabalho exegético.

Outro elemento valioso da interpretação teleológica é o direito comparado, uma vez que é de importância o confronto entre o direito nacional e o estrangeiro. É de interesse saber como determinada regra é exposta em outros países.

O elemento político-social (extrapenal) se reflete na interpretação da norma penal. A lei, para cumprir sua finalidade reguladora dos fatos so-

ciais, deve ajustar-se à ininterrupta mobilidade da vida. Esse ajustamento se faz por meio do exegeta, levando em consideração as condições da vida atual. E se o Direito é a forma da vida social, deve estar em harmonia com as instituições políticas. Assim, as modificações no sistema político de um Estado concretizam-se em reformas de seu ordenamento constitucional, e isso não pode deixar de influir na interpretação do Direito Penal, que é sua mais enérgica forma de tutela. É por isso que as normas de interpretação estão determinadas pelas estruturas do corpo político a que a lei pertence, e especialmente pelas relações entre os cidadãos e as autoridades judiciárias e administrativas. Vê-se que a interpretação de uma lei ou de um conjunto de disposições será tanto mais legítima quanto mais em harmonia estiver com as referidas instituições.

Por vezes, os conceitos jurídicos são insuficientes para estabelecer a vontade da norma, sendo necessário o exame de elementos extrajurídicos. Em alguns casos torna-se preciso investigar os pressupostos políticos, econômicos, sociais, psiquiátricos etc., de determinada norma. Então, o intérprete vai buscar na Química, Psiquiatria, Antropologia etc., os conhecimentos de que necessita. Assim, p. ex., será necessário acudir à Psiquiatria para interpretar o conceito “doença mental” formulado no art. 26, *caput*, do CP.

c) Quanto ao resultado

O exegeta, após empregar os meios estudados, chega a uma conclusão, que constitui o resultado interpretativo. Este pode ser declarativo, extensivo ou restritivo. Daí falar-se em interpretação:

- a) declarativa;
- b) restritiva;
- c) extensiva.

Enquanto a primeira se refere aos casos em que a letra da lei reflete exatamente a sua vontade, nas outras diz mais ou menos o que devia mencionar para traduzir a verdadeira intenção que informou a sua elaboração.

1. Interpretação declarativa

A interpretação é meramente declarativa quando a eventual dúvida se resolve pela correspondência entre a letra e a vontade da lei, sem conferir à fórmula um sentido mais amplo ou mais estrito. Ex.: determina o art. 141, III, do nosso Código, que nos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) as penas são aumentadas de um terço se o fato é cometido “na presença de várias pessoas”. Qual é o mínimo exigido: duas ou três?

Deve entender-se que o mínimo é superior a duas, porque sempre que a lei se contenta com duas pessoas di-lo expressamente (arts. 150, § 1.º;

226, I etc.). Assim, não há ampliação ou restrição da norma, uma vez que o texto se refere a “várias pessoas”.

2. Interpretação restritiva

Algumas vezes a linguagem da lei diz mais do que o pretendido pela sua vontade.

Lex plus scripsit, minus voluit.

Diz mais do que desejava dizer. Surge, então, a interpretação restritiva, que restringe o alcance das palavras da lei até o seu sentido real. Ex.: diz o art. 28, I e II, que não excluem a imputabilidade penal a emoção, a paixão ou a embriaguez voluntária ou culposa. O dispositivo deve ser interpretado restritivamente, no sentido de serem considerados esses estados quando não patológicos, pois, de outra forma, haveria contradição com o art. 26, *caput*. Se o estado for patológico, aplicar-se-á o art. 26 e não o 28.

3. Interpretação extensiva

Diz-se extensiva a interpretação quando o caso requer seja ampliado o alcance das palavras da lei para que a letra corresponda à vontade do texto. Ocorre quando o texto legal não expressa a sua vontade em toda a extensão desejada. Diz menos do que pretendia dizer.

Lex minus dixit quam voluit ou
Lex minus scripsit, plus voluit.

Ex.: o art. 130, que define o crime de exposição a contágio de doença venérea, incrimina não só a situação de perigo como também a situação de dano efetivo (não obstante o tipo falar em “expor alguém... a contágio de moléstia venérea”, deve ser ampliado para abranger o próprio contágio, o que corresponde à vontade da norma). O art. 235 incrimina a bigamia, abrangendo a poligamia. Exemplo temos, ainda, no art. 169, parágrafo único, relativo à apropriação de tesouro, em que à palavra *proprietário* deve ser dado um sentido mais amplo, para abranger também o *enfiteuta*, que, como aquele, tem, pelo art. 1.266 do CC, direito à metade do tesouro inventado¹¹.

11. Magalhães Noronha, ob. cit., v. 1, 82.

5. CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E EXTENSIVA

É possível, em matéria penal, a aplicação da interpretação restritiva e extensiva?

Pelos exemplos dados, vimos que é possível. Necessária é, porém, a formulação de critérios que a permitam.

Durante muito tempo pretendeu-se elaborar uma regra segura no campo da interpretação da lei penal: *favorabilia sunt amplianda e odiosa sunt restringenda*, no sentido de que, havendo dúvida, fosse o caso decidido de forma mais favorável ao agente: *in dubio pro reo*.

E, como as leis penais, em tese, são desfavoráveis ao agente, deveriam ser sempre interpretadas restritivamente.

Embora em regra os códigos não tratem do assunto, excepcionalmente temos exemplos de legislações que o fazem. O Código do Equador reza em seu art. 4.º que “prohíbese en materia penal la interpretación extensiva”. O Código da Costa Rica preceitua que a interpretação deve ser feita da maneira “menos gravosa al reo” (art. 1.º). Na Argentina, a Constituição peronista rezava que “los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales, ni interpretar extensivamente la ley en contra del imputado” (art. 29). De ver-se que as poucas legislações que determinam em suas disposições a solução da questão proscrevem o emprego da interpretação extensiva, determinando o império do princípio restritivo.

A rigor, ensina José Frederico Marques, toda a interpretação é declarativa. Se gramaticalmente o texto ora se estende ou se restringe em virtude da interpretação sistemática guiada pela teleologia da norma — do ponto de vista jurídico há sempre a delimitação exata dos imperativos cristalizados nas proposições formuladas pelo legislador. Daí ter dito Vicente Ráo o seguinte: o intérprete não altera o preceito para ampliá-lo, ou restringi-lo, além ou aquém de seu conteúdo real; apenas amplia ou restringe o seu significado aparente, que se revela insuficiente ou excessivo em relação ao pensamento fiel da disposição¹².

Se é permitida a interpretação extensiva, constitui um erro a adoção da regra geral segundo a qual as normas penais incriminadoras devem ser

12. Ob. cit., p. 159.

interpretadas restritivamente, enquanto as permissivas se interpretam extensivamente: *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*.

O princípio *in dubio pro reo*, como regra geral interpretativa, é inaceitável. E há mesmo quem o proscrisse totalmente como fórmula de interpretação. Assim, dizia Manzini que, tomado do instituto processual das provas e transportado ao Direito Penal substancial, representa um anacronismo, dado o ordenamento político-jurídico¹³.

No Brasil, entendia José Frederico Marques que o *in dubio pro reo* tem um significado, e bastante verdadeiro, como fala De Marsico — “tão só no campo da apreciação das provas de um crime a alguém atribuído”¹⁴.

Os adágios apontados não podem servir de normas gerais interpretativas, uma vez que constituiria erro afirmar, *a priori*, que o resultado da interpretação deva ser restritivo, extensivo ou sempre favorável ao agente. Se a finalidade desta é apontar a vontade da lei, só depois do emprego de seus meios surgirá o resultado: extensivo, se aquela for extensiva; restritivo, se restritiva. Mas, na dúvida sobre a real vontade da norma, após o uso dos meios interpretativos, nada obsta que os adágios sejam empregados.

Concluindo, apresentava Luis Jiménez da Asúa os critérios que devem informar a aplicação da restrição ou extensão interpretativa e do princípio *in dubio pro reo*:

a) “Si la interpretación gramatical y teleológica llega a un resultado armónico y terminante, conforme a él deben interpretarse las leyes penales, sea ese resultado restrictivo o extensivo, puesto que con esos medios se ha logrado hallar el pensamiento y voluntad de la ley”;

b) “Si, apesar de la cuidadosa pesquisa literal y finalista, no se llega a un resultado concluyente y la duda sobre la voluntad y pensamiento de la ley persiste, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable”¹⁵.

Esta é a opinião que se nos afirma a mais correta.

Encaremos, agora, o problema do *in dubio pro reo* em matéria de interpretação da lei penal.

13. *Tratado de derecho penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948, v. 1, p. 388.

14. Ob. cit., p. 160.

15. Ob. cit., p. 471-2. O mesmo autor, *El criminalista*, p. 240, t. 5, escreveu: “No caso excepcionalíssimo em que o intérprete judicial continue em dúvida depois de tanto esforço para esclarecer a vontade da lei, deverá atender-se, então, ao princípio de maior benignidade”.

6. O PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO” EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL: CONCLUSÕES

Como vimos, autores há que negam eficácia ao princípio *in dubio pro reo* em matéria de interpretação da lei penal. Nos termos expostos anteriormente, somos contrários a esse ponto de vista.

Os sistemas de interpretação não constituem fórmulas mágicas capazes de dissipar todas as dúvidas surgidas no entendimento dos textos. Como diz Alípio Silveira, existem casos rebeldes, nos quais, apesar da inteligente aplicação dos métodos interpretativos, permanecem dúvidas insolúveis¹⁶. Que fazer quando, apesar do trabalho hermenêutico, mediante cuidadosa interpretação literal e lógica, persiste dúvida quanto à vontade da norma?

Abrem-se três caminhos ao intérprete:

1.º) admitir que a dúvida deva ser resolvida contra o agente (*in dubio pro societate*);

2.º) admitir que seja resolvida contra o agente ou contra a sociedade, segundo o livre convencimento do intérprete;

3.º) resolver a questão da forma mais favorável ao agente. Em outros termos, *se a vontade da lei não se torna nítida, se não chegar o juiz a saber se a lei quis isso ou aquilo, ou se nem ao menos consegue determinar o que ela pretendeu, deverá seguir a interpretação mais favorável ao réu* (desde que usados todos os meios interpretativos).

A terceira solução é adotada por nós. Mas, para isso, é de indeclinável necessidade a pesquisa prévia do juiz ou intérprete. Quando — preleciona Alípio Silveira — no caso concreto, abre-se a possibilidade de várias interpretações, deve seguir-se a que melhor se conforme à vontade da lei e ao sistema do CP, seja ou não a mais favorável ao réu. Somente quando, a despeito do esforço do intérprete, não aparece nítida a vontade da lei, é que se deverá aplicar o brocardo¹⁷.

O próprio Asúa, que a princípio é contrário ao emprego do adágio em matéria de interpretação, era a ele favorável, como vimos, em caso de dúvida insolúvel.

No Brasil, não obstante as opiniões em contrário de José Frederico Marques e Magalhães Noronha, a tradição doutrinária se orienta no sentido da adoção do princípio *in dubio pro reo* em matéria de interpretação.

16. O *in dubio pro reo* na justiça penal, *Revista Interamericana do Ministério Público*, São Paulo, 4:687, nov./1958.

17. Ob. cit., p. 689.

Assim, Galdino Siqueira era dos que o admitiam desde que as dúvidas se revelem invencíveis pelos métodos comuns de hermenêutica¹⁸. A. J. da Costa e Silva, no mesmo sentido, escrevia: somente em caso de dúvida séria se deve excluir a interpretação extensiva. E, nesses casos, a própria natureza das normas exige que se observe a regra *in dubio pro mitiore*¹⁹.

Para Aníbal Bruno, só em caso de dúvida irreduzível entre as interpretações diversas, todas parecendo igualmente aproximadas do texto legal, é que se poderia admitir ainda o valor dos velhos adágios do tipo *in dubio mitius*, todos concordes com os princípios dominantes nos sistemas jurídico-penais modernos, segundo os quais só se suprimem ou restringem os direitos individuais, pela pena, nos casos expressa e claramente determinados na lei, consequência da alta posição em que nesses sistemas se coloca a garantia daqueles direitos²⁰.

E Néelson Hungria, favorável à invocação do princípio *in dubio pro reo* em matéria de interpretação da lei penal, prelecionava: no caso de irreduzível dúvida entre o espírito e a letra da lei, é força acolher, em matéria penal, irrestritamente, o princípio *in dubio pro reo* (i. e., o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a *voluntas legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário. Mas, insista-se: quando resulta inútil qualquer processo de interpretação do texto legal. Somente *in re dubia* se justifica ou se impõe a inteligência da lei no sentido mais favorável ao réu²¹.

7. INTERPRETAÇÃO PROGRESSIVA

Interpretação progressiva, adaptativa ou evolutiva é a que se faz adaptando a lei às necessidades e concepções do presente. Como dizia Asúa, o juiz não pode viver alheio às transformações sociais, científicas e jurídicas. A lei vive e se desenvolve em ambiente que muda e evolui e, uma vez que não queiramos reformá-la frequentemente, é mister adaptar a norma, como sua própria vontade o permite, às novas necessidades da época²². Assim, p. ex.,

18. *Direito penal brasileiro*; parte geral, 1932, v. 1, p. 42 e 43.

19. *O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, 1930, coms. ao art. 1.º.

20. Ob. cit., 3. ed., 1978, p. 221.

21. Ob. cit., v. 1, t. 1, p. 94.

22. *La ley y el delito*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1980, p. 119.

as expressões “doença mental” e “coisa móvel”, dos arts. 26 e 155 do CP, devem ser interpretadas segundo os progressos da Psiquiatria e da Indústria.

É legítima essa forma, uma vez que tem os seus limites determinados pela interpretação extensiva.

8. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA

a) Conceito

A interpretação analógica ou *intra legem* é permitida toda vez que uma cláusula genérica se segue a uma fórmula casuística, devendo entender-se que aquela só compreende os casos análogos aos mencionados por esta. Ex.: o art. 121, § 2.º, IV, comina a pena de reclusão de 12 a 30 anos se o homicídio é cometido “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”.

Temos aí uma fórmula casuística: “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação”, seguida de uma cláusula genérica: “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”.

Assim, o “outro recurso” mencionado pelo texto só pode ser aquele que, como a “traição”, a “emboscada”, ou a “dissimulação”, tenha caráter aleivoso ou insidioso.

Trata-se de uma hipótese de interpretação extensiva, em que a própria lei determina que se estenda o seu conteúdo.

b) Diferença entre interpretação analógica e analogia

Às vezes, a própria lei pretende que a ausência de previsão legislativa seja suprida pela analogia, que seus preceitos sejam por ela completados. Em casos tais, cuida-se da interpretação analógica, em que está na vontade da lei a extensão de seu conteúdo aos casos análogos. Na analogia, porém, trata-se de aplicar o conteúdo de uma lei a casos não pretendidos abranger pela sua vontade. A diferença, pois, entre interpretação analógica e analogia, reside na *voluntas legis*: na primeira, pretende a vontade da norma abranger os casos semelhantes aos por ela regulados; na segunda, ocorre o inverso: não é pretensão da lei aplicar o seu conceito aos casos análogos, tanto que silencia a respeito, mas o intérprete assim o faz, suprimindo a lacuna.

c) A interpretação analógica e o CP brasileiro

O CP brasileiro determina o emprego da interpretação analógica nos seguintes casos:

Art. 28, II (“substância de efeitos análogos”).

Art. 61, II, *c* e *d* (“outro recurso”; “outro meio insidioso ou cruel”).

Art. 71, *caput* (“e outras semelhantes”).

Art. 121, § 2.º, III e IV (“outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”; “ou outro recurso”).

Art. 146, *caput* (“qualquer outro meio”).

Art. 147, *caput* (“qualquer outro meio simbólico”).

Art. 157, *caput* (“por qualquer meio”).

Art. 161, *caput* (“qualquer outro meio indicativo de linha divisória”).

Art. 171, *caput* (“qualquer outro meio fraudulento”).

Art. 171, § 2.º, III (“por outro modo”).

Art. 226, II (“por qualquer outro título”).

Art. 234, *caput* (“qualquer objeto obsceno”).

Art. 234, parágrafo único, II (“qualquer outro espetáculo”).

Art. 257 (“outro desastre ou calamidade”; “qualquer meio”).

Art. 261, *caput* (“qualquer ato”).

Art. 265, *caput* (“qualquer outro”).

Art. 272, § 1.º (“de qualquer forma”).

Art. 273, § 1.º (“de qualquer forma”).

Art. 274 (“qualquer outra”).

Arts. 276 e 278, *caput* (“qualquer forma”).

Art. 284, II (“qualquer outro meio”).

Art. 291 (“qualquer objeto”).

Art. 293, I e V (“qualquer papel” e “qualquer outro documento”).

Art. 301, *caput* e § 1.º (“qualquer outra vantagem”).

Art. 312, *caput* (“qualquer outro bem móvel”).

Art. 336 (“de qualquer forma”).

Art. 343, *caput* (“qualquer outra vantagem”).

Art. 357, *caput* (“qualquer outra utilidade”).

Capítulo IV

DA ANALOGIA

1. AS LACUNAS DA LEI PENAL

O conjunto de leis que compõe a ordem jurídica, por mais diligente e providente seja o órgão encarregado de sua elaboração, nunca deixará de ser lacunoso.

Daí ter dado ao assunto particular atenção a LICC (art. 4.º), acentuando aplicar-se ao caso legalmente omissos:

- a) a analogia;
- b) os costumes; e
- c) os princípios gerais de direito.

Quando a fonte formal imediata, a lei, convenientemente interpretada, não fornecer a diretriz almejada que possa reger a espécie de fato submetida ao crivo de exame, o exegeta, não podendo deixar a questão sem solução, será levado a desenvolver a atividade determinada pela ordem jurídica fixando a regra a ser aplicada segundo os processos de integração da lei por ela indicados. A lei deve reger a espécie; em sua falta, aplicam-se as disposições concernentes aos casos análogos; não as havendo, ver-se-á se o costume tem regra cabível; havendo omissão nos costumes, ela será fornecida pelos princípios gerais de direito (CPC, art. 126).

Essa ordem, na invocação dos processos de autointegração da lei, não pode ser desprezada pelo intérprete. Assim, havendo uma lei reguladora do caso, não se lhe pode aplicar uma regra posta para caso análogo, ou um princípio geral de direito. Havendo ausência de previsão legislativa, não se lhe pode aplicar um preceito costumeiro se houver, aplicável ao caso, disposição referente a hipótese análoga.

O emprego dos processos de autointegração não é ilimitado. Esbarra no princípio de reserva legal. Assim, só podem ser aplicados em relação às normas penais não incriminadoras.

A *analogia* é o primeiro recurso fornecido pela ciência jurídica na solução do problema da autointegração da norma penal.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.

O legislador, através da lei *A*, regulou o fato *B*. O julgador precisa decidir o fato *C*. Procura e não encontra no direito positivo uma lei adequada a esse fato. Percebe, porém, que há pontos de semelhança entre o fato *B* (regulado) e o fato *C* (não regulado). Então, através da analogia, aplica ao fato *C* a lei *A*.

Não é fonte do Direito, apesar de citada no art. 4.º da LICC. Ao solucionar uma questão por analogia, o juiz está somente aplicando determinada disposição legal que irá resolver, por semelhança, casos não expressamente contemplados.

É, pois, forma de autointegração da lei para suprir lacunas porventura existentes. Em seu emprego, o intérprete parte da própria lei para elaborar a regra concernente ao caso não previsto pela legislação. Ao contrário do que ocorre na interpretação extensiva, não se amplia o texto da norma, mas a mesma disposição legal é aplicada a casos semelhantes não previstos. Como diz Carlos Maximiliano, o processo analógico não cria direito novo, mas descobre o já existente e integra a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador¹.

Na analogia, temos aplicação ou interpretação da lei?

A interpretação é um meio para atingir a aplicação. Enquanto a interpretação consiste na pesquisa do conteúdo e do alcance da norma em relação ao caso concreto, a aplicação é a própria atuação da norma no tocante a todas as características do caso concreto. Nestes termos, no dizer de Battaglini, “é evidente que se deve falar em aplicação e não em interpretação... pois é impossível interpretar uma norma inexistente. O que ocorre é a aplicação ao caso a ser decidido de norma ou regra que regula hipótese seme-

1. Ob. cit., p. 262.

lhante em matéria análoga; pela regulamentação de caso análogo, infere-se que o legislador comportar-se-ia da mesma maneira, se tivesse previsto o caso que na norma não se enquadra”².

3. FUNDAMENTO

Considerada a analogia, numa noção geral, como a aplicação de uma regra de direito reguladora de determinadas relações a outras relações que têm afinidade com aquelas, mas para as quais não foi estabelecida, pode-se dizer que este processo tem por fundamento a identidade da *ratio legis*, com inspiração no princípio de que, onde existe a mesma razão de decidir, é de aplicar-se o mesmo dispositivo de lei: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Como lembrava Espínola Filho, afirmou Géný que sentimos, com efeito, no nosso foro íntimo, como que uma necessidade de igualdade jurídica, em virtude da qual as mesmas situações de fato devem comportar as mesmas soluções jurídicas, levando isso a reconhecer que tal processo traduz uma harmonia íntima, ligando entre si as relações de direito, com o que realiza a ideia muito mais elevada de igualdade jurídica, que, por si só, justifica, fundamentalmente, a analogia³.

4. REQUISITOS E OPERAÇÃO MENTAL

Para que seja permitido o recurso à analogia exige-se a concorrência dos seguintes requisitos:

- 1.º) que o fato considerado não tenha sido regulado pelo legislador;
- 2.º) este, no entanto, regulou situação que oferece relação de coincidência, de identidade com o caso não regulado;
- 3.º) o ponto comum às duas situações (a regulada e a não prevista) constitui o ponto determinante na implantação do princípio referente à situação considerada pelo julgador (Asúa).

Fácil é verificar que esses requisitos se relacionam apenas com a analogia legal.

2. *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Ada Pellegrini Grinover, Saraiva, 1964, p. 61 e 62.

3. Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 4. ed., 1960, v. 1, p. 229.

Quanto ao primeiro pressuposto, vimos que a ordem jurídica não tem lacunas, pois se integra através de processos científicos, mas a lei as tem. Quanto aos outros, é a apreciação diligente de ambos os casos, cuidando-se de separar o que seja essencial e acidental em cada um, que fornecerá a semelhança de características e a identidade da *ratio legis*.

O emprego do suplemento analógico se fundamenta na seguinte operação mental: de uma determinada regra, que regula certa situação, passa o exegeta para outra regra, compreendendo não só a prevista, como também a não prevista.

5. ANALOGIA, INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E ANALÓGICA

Reina incerteza sobre a diferença, negada por alguns, entre a aplicação ou integração analógica da lei (analogia) e a interpretação extensiva.

Analogia é a forma de autointegração da ordem legal para suprir lacunas, estendendo a aplicação da lei a casos que ela não regula e de que não cogita. Na interpretação extensiva, a vontade da lei cogita de contemplar o caso examinado, mas o seu texto diz menos que o pretendido, não o compreendendo. Então, o intérprete estende o sentido da lei até o caso examinado. A diferença está na vontade da lei. A interpretação extensiva não faz senão reconstruir a vontade existente para a relação jurídica, que só por inexata formulação parece à primeira vista excluída, enquanto, ao invés, a analogia se encontra em presença de uma lacuna, de um caso não previsto, e procura superá-la por meio de casos afins. No dizer de Battaglini, a interpretação extensiva pressupõe que o caso concreto, muito embora pareça à primeira vista excluído do âmbito do texto, possa todavia ser nele enquadrado, em virtude do princípio *lex minus dixit quam voluit*; a analogia, pelo contrário, pressupõe que o caso em tela não possa em hipótese alguma ser enquadrado dentro da norma existente. Assim, na interpretação extensiva há vontade de a lei prever o caso, mas o seu texto diz menos que o desejado — estende-se o seu sentido até o fato; na analogia não há vontade de a lei regular o caso — o intérprete amplia a *voluntas legis* até ele⁴.

Qual a diferença entre analogia e interpretação analógica?

É a seguinte: a analogia é forma de autointegração da lei. Omissa, parte-se da solução nela prevista para certo caso, chegando-se à validade dela para aquele não previsto. Na interpretação analógica (permitida pela

4. Ob. cit., p. 61.

própria lei), é o próprio dispositivo que determina se aplique analogicamente o preceito. Na primeira, não é vontade da lei abranger os casos semelhantes; na segunda, a própria lei, após definir a fórmula casuística, menciona os casos que devem ser compreendidos por semelhança. Assim, o art. 171, *caput*, ao definir o estelionato, fala em “qualquer outro meio fraudulento”, que quer dizer: qualquer meio semelhante ao “artifício” ou “ardil”. É a própria norma penal incriminadora que permite o emprego da analogia. É, pois, da vontade da lei abranger os casos semelhantes.

6. A QUESTÃO DA TERMINOLOGIA

Reina também incerteza sobre as expressões analogia, analogia *intra legem*, interpretação analógica, interpretação extensiva, integração analógica, suplemento analógico e aplicação analógica.

Na realidade, temos os seguintes conceitos:

- 1) analogia: que recebe as denominações integração analógica, suplemento analógico e aplicação analógica;
- 2) interpretação extensiva;
- 3) interpretação analógica ou *intra legem*.

Há diferença entre interpretação extensiva e analógica ou *intra legem*?

Há: nas duas há vontade de a lei abranger os casos semelhantes; ocorre que na primeira ela diz menos que o desejado; na segunda, expressa e, genericamente, relata os casos que devem ser abrangidos. A segunda é espécie da primeira.

7. ESPÉCIES DE ANALOGIA

Grolman foi o primeiro que distinguiu entre analogia legal e analogia jurídica, passando, com o correr do tempo, a ser comum a divisão.

Tradicional é, pois, a divisão da analogia em:

- a) analogia legal (ou analogia *legis*);
- b) analogia jurídica (ou analogia *juris*).

A analogia *legis* atua quando o caso não previsto é regulado por um preceito legal que rege um semelhante, e a analogia jurídica ocorre quando o princípio para o caso omitido se deduz do espírito e do sistema do ordenamento jurídico considerado em seu conjunto (Asúa).

Assim, a analogia *legis* é a que compreende uma argumentação traba-

lhada sobre textos da norma penal, quando se verifica a insuficiência de sua redação.

A analogia *juris* ocorre quando se aplica à espécie não prevista em lei, e com a qual não há norma que apresente caracteres semelhantes, um princípio geral de direito (veremos que é possível, também, a aplicação de um princípio particular de direito).

Esta distinção, segundo Binding, carece de importância e nada se perde dela prescindindo para solucionar o problema. Com efeito. A analogia de que até agora temos cuidado é a legal. Embora a sua finalidade seja a mesma da analogia jurídica, o fundamento que a sustenta se encontra no velho aforismo *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Assim, supõe a descoberta da *ratio legis*.

A analogia jurídica, ao contrário, não tem fundamento na *ratio legis*, mas na *ratio juris*. Pressupõe inexistência de lei sobre o caso. Entretanto, a regra a ser aplicada deve estar contida no ordenamento jurídico. Daí julgarem alguns autores que a aplicação da analogia *juris* e a aplicação dos princípios gerais de direito se resolvem nesta última, confundem-se, são a mesma coisa. De ver-se, porém, que a analogia jurídica, em verdade, às vezes serve-se dos princípios gerais de direito. Mas é possível a aplicação desses princípios ao caso concreto de maneira direta, sem o emprego da analogia. Sob outro aspecto, é cabível “aplicar a analogia *juris* utilizando-se um preceito consagrado pela doutrina” ou “pela jurisprudência”, sem que esse preceito constitua princípio geral⁵.

De observar, então, que na linguagem jurídica a expressão analogia se refere mais à analogia *legis*.

A analogia ainda pode ser:

a) *in bonam partem*;

b) *in malam partem*.

Ocorre a integração da lei através da analogia *in bonam partem* quando o sujeito é beneficiado pela sua aplicação. Quando é prejudicado, fala-se em analogia *in malam partem*. Sobre a sua admissão, veremos a seguir.

8. EMPREGO DA ANALOGIA

A aplicação do procedimento analógico no Direito Penal é objeto de tratamento particular. Encontra-se proibida em relação às normas penais

5. R. Limongi França, Da aplicação ou integração do direito, *Justitia*, 30-1:627.

em sentido estrito, quais sejam, as que definem infrações e cominam penas (as denominadas normas penais incriminadoras). Não pode a analogia criar figura delitiva não prevista expressamente, ou pena que o legislador não haja determinado. Contra ela vige a regra de reserva legal em relação aos preceitos primário e secundário das normas definidoras de condutas puníveis. O juiz criminal não pode lançar mão do suplemento analógico para admitir infração que não esteja expressamente definida (CP, art. 1.º). Assim, a subtração de coisa móvel alheia, por si só, *não tipifica* o crime de furto, definido no art. 155 do CP, em face de exigir-se, além da vontade de tirá-la, o fim de assenhoreamento definitivo (“para si ou para outrem”). Dessa maneira, o *furto de uso* é penalmente indiferente, não podendo o juiz condenar alguém como autor de furto, empregando analogicamente a norma penal incriminadora citada, quando a subtração da coisa é praticada com o simples desígnio de usá-la⁶.

O art. 198 do CP define como conduta punível “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho*”, omitindo a hipótese de constrangimento para “*não celebrar*” referido contrato, apesar da igualdade de razão para incluí-la no preceito primário. Entretanto, o caso omitido não pode ser enquadrado na definição legal, *embora seja punível a outro título* (o exemplo é de Nélson Hungria)⁷. O CP de 1969, em seu art. 219, sanando a omissão legislativa, definia o fato da seguinte maneira: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar, ou não, contrato de trabalho”.

Entre nós, o denominado furto de uso, que configura o fato de subtrair coisa alheia móvel sem intenção de assenhoreamento definitivo, não integra o delito de furto (CP, art. 155). Em face disso, ainda que entre os dois fatos, furto criminoso e furto de uso, haja elementos semelhantes, a norma penal incriminadora descritiva do primeiro não pode ser estendida, por analogia, ao segundo.

Nessas hipóteses, poder-se-á, quando muito, lamentar a existência de omissões. Mas não poderão elas ser jamais preenchidas pelo intérprete através do suplemento analógico.

É proibida, pois, a analogia *in malam partem*.

6. O furto de uso era previsto como crime no CP de 1969 (art. 165).

7. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 9, p. 242.

De acrescentar que essa proibição não concerne, somente, às normas incriminadoras contidas no CP. Tem eficácia em relação a todas as leis que descrevem crimes e impõem sanções, estejam em qualquer estatuto (p. ex.: leis que definem crimes contra a economia popular, eleitorais, falimentares, de sonegação fiscal etc.).

Se, em relação às normas penais em sentido estrito, é clara a proibição do emprego do suplemento analógico, quanto às não incriminadoras a questão não é pacífica na Doutrina. O fulcro da discussão, sobretudo na Itália, encontra-se na distinção entre direito excepcional e direito não excepcional. No sistema italiano, prescreve o art. 14 das Disposições Preliminares do CC: “As leis penais e as que abrem exceção às regras gerais ou a outras leis, não se aplicam além dos casos e dos tempos prescritos”. Battaglini, opinando sobre o assunto, diz que as normas não propriamente penais (as não incriminadoras), “embora não sendo leis penais na verdadeira acepção da palavra, também vale para elas a proibição da analogia, porquanto são normas excepcionais. E o art. 14 das Disposições Preliminares do CC italiano as compreende também”. Conclui afirmando que, “em matéria penal, a analogia é de se excluir por completo”⁸. Dessa forma, para os autores que pensam como Battaglini, as lacunas das normas penais não incriminadoras (como as que descrevem causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade) não podem ser supridas pela analogia *in bonam partem*, uma vez que suas regras devem permanecer estritamente limitadas aos casos em que o legislador entendeu prevêê-los.

De outro lado, entende Antolisei que as normas não incriminadoras não são excepcionais, pelas razões seguintes:

“a) porque los preceitos que prohiben determinadas acciones (las denominadas normas incriminadoras) son imperativos particulares, más que reglas generales propias;

b) porque las normas antedichas, lejos de constituir desviaciones de las directrices generales del ordenamiento jurídico, son expresiones de principios generales... La prohibición del artículo 14 de las leyes preliminares no puede, por ello, operar en este campo. Somos de la opinión, en consecuencia, de que respecto a las eximentes es admisible el procedimiento analógico”⁹.

São favoráveis à analogia *in bonam partem*: Carrara, Binding, Mezger, Massari, Manzini, Rocco, Scarano, Bettiol, Delitala, Schmidt, Vassalli,

8. Ob. cit., p. 63 a 65.

9. Ob. cit., p. 79.

Santi Romano, Adolf Schönke e Grispigni. Em sentido contrário: Pannain, Carnelutti, Petrocelli, Soler e Asúa.

No Brasil, nossa legislação anterior (antiga LICC, art. 6.º) tinha norma expressa que vedava a analogia nos casos de direito excepcional, como a italiana¹⁰. Entretanto, a atual LICC silencia. Como disse Dias Ferreira, seguido por Clóvis, tal axioma jurídico é “próprio de um livro elementar, destinado ao ensino do direito, inteiramente escusado no livro das leis”¹¹.

Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia *in bonam partem*: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz. Pronunciava-se contra ela Nélson Hungria.

A opinião dominante se manifesta no sentido da admissão da analogia benéfica porque:

1.º) as normas penais não incriminadoras não são excepcionais;

2.º) o art. 4.º da LICC determina que em caso de omissão da lei cubra-se a lacuna empregando-se em primeiro lugar o suplemento analógico. Este, se não pode criar figuras delitivas, em face do princípio de reserva legal, fora das normas incriminadoras tem inteiro cabimento.

Não há negar que a analogia é inadmissível em matéria penal para criar delitos e cominar penas. Em se tratando, porém, de casos de leis penais não incriminadoras, é perfeitamente permitido o procedimento analógico.

10. Art. 6.º da antiga LICC: “A lei, que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”.

11. Clóvis Beviláqua, *Código Civil*, 1956, v. 1, p. 86, n. 1.

II — DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

Capítulo V

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1. FUNDAMENTOS

Quando do estudo das fontes, vimos que só a lei é fonte imediata de conhecimento do Direito Penal. A lei penal é o pressuposto das infrações e das sanções. Mas não é só a garantia dos que não realizam condutas sancionadas; pois dela advêm pretensões para o Estado e para os próprios criminosos. Como observava Asúa, da lei nasce a pretensão punitiva do Estado a reprimir os atos catalogados em seu texto como delitos, com a pena cominada, e por isso a lei é fonte e medida do direito de punir. Em consequência, o Estado não pode castigar um comportamento que não esteja descrito em suas leis, nem punir o cidadão quando inexistente a *sanctio juris* cominada ao delito. Ao mesmo tempo, da lei surge uma pretensão subjetiva em favor do delinquente, no sentido de não ser punido senão em decorrência da prática de ações e comissões por ela determinadas. Portanto, “a lei penal é garantia da liberdade para todos. Finalmente, as leis penais asseguram também as pretensões punitivas e reparadoras da vítima, posto que nelas se consagra a responsabilidade penal e civil oriunda dos fatos puníveis”¹. Evidencia-se, pois, o princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

2. ASPECTO POLÍTICO

O princípio da legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem.

1. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 1, p. 336.

Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individuais. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.

3. HISTÓRICO

Não obstante formulado em latim, o princípio da legalidade não tem origem romana, embora alguns pretendam o contrário.

Uma exigente investigação histórica conduz a ver as origens reais do princípio no famoso art. 39 da Magna Carta inglesa, de João Sem Terra, de 1215.

Asúa, porém, afirmava que as raízes do princípio de reserva se encontram nas instituições do Direito ibérico, em data anterior ao estatuto inglês, pois já em 1188 nas Cortes de Leão, pela voz de Afonso IX, concedia-se ao súdito o direito de não ser perturbado em sua pessoa ou bens, enquanto não fosse chamado perante a “Cúria”².

O princípio inglês influenciou as obras de Farinaccio e Menoquio. Consagrou-se na América, onde a *Constituição de Maryland*, de 11-11-1776, em seu art. 15, rezava: “As leis retroativas, que declaram criminosos ou castigam atos cometidos antes da existência de ditas leis, são injustas e incompatíveis com a liberdade”.

Foi, contudo, na Declaração dos Direitos do Homem na Revolução Francesa, de 26-8-1789, que o princípio foi formulado em termos precisos: “Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”. O princípio passou a figurar nas Constituições revolucionárias francesas de 1791 e 1793.

Após, instalou-se nas Constituições de todos os povos e nos Códigos de todos os países cultos.

No Brasil, o princípio tem sido, tradicionalmente, uma garantia constitucional e uma norma de Direito Penal. A Constituição de 1824, inspirada nas regras do individualismo político da Revolução Francesa, determinava:

2. Ob. cit., v. 2, p. 385 e 386.

“ninguém será sentenciado senão por autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita” (art. 179, 11). Com ligeiras variações, essa disposição foi reproduzida nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e na vigente (art. 5.º, XXXIX).

O art. 1.º do Código Criminal de 1830 declarava: “não haverá crime ou delito sem uma lei anterior, que o qualifique”. E o art. 33 rezava: “nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos, daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio”.

O Código de 1890, em seu art. 1.º, determinava: “Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas”.

O princípio da legalidade da lei penal está exposto no Código vigente em seu art. 1.º:

“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

4. EXCEÇÃO E REAÇÕES AO PRINCÍPIO LEGALISTA

Da França, o princípio da legalidade se expandiu.

Importante exceção representa a Inglaterra, em que ainda hoje a maior parte do direito não é escrito (*statute law*), mas sim costumeiro (*common law*). Também o Direito Penal, naquele país, em sua maior parte é *common law*. Compreende este as regras gerais concernentes às *justificativas de atos criminosos*, as definições das várias formas de homicídio, de furto, de falsidade, de violência pública, bem como determinadas facetas do Direito Judiciário Penal.

Em relação à Inglaterra não se pode falar em reação ao princípio legalista, mas sim em exceção.

Reações tivemos na Alemanha, na Dinamarca e na extinta União Soviética.

Este último país negou-lhe eficácia. O art. 6.º do Código soviético de 1926 dava o seguinte conceito de delito: “Reputa-se perigosa toda ação ou

omissão dirigida contra a estrutura do Estado Soviético, ou que lese a ordem jurídica criada pelo regime dos trabalhadores e camponeses para a época de transição à organização social comunista. Não se considerará como delito o fato que, não obstante reúna os caracteres formais previstos em algum dos artigos deste Código, careça de caráter perigoso pela sua manifesta insignificância e por falta de consequências danosas”. O art. 16 do estatuto repressivo rezava: “Quando algum fato perigoso não se ache expressamente previsto neste Código, o fundamento e a extensão da sua responsabilidade determinar-se-ão com atinência aos artigos desta lei que prevejam os delitos mais semelhantes”. Era a adoção da analogia no sentido de poder criar crimes na ausência de previsão legislativa.

A reforma de 25-12-1958 trouxe o Código soviético à legalidade dos delitos e das penas. O art. 1.º do Código passou a afirmar que “... a legislação penal da URSS e de suas Repúblicas define as ações socialmente perigosas consideradas crimes e comina as penas a serem aplicadas a seus agentes”, e o art. 7.º: “Crime é toda ação ou omissão socialmente perigosa e prevista em lei penal...”.

Na Alemanha, ao tempo de Hitler, a Lei de 28-6-1935, abolindo o § 2.º do CP de 1871, dispunha: “Será punido quem cometer um crime declarado punível pela lei, ou que mereça uma sanção segundo a ideia fundamental da lei penal e o são sentimento do povo”. A sã consciência popular correspondia ao que o Führer determinava a todos. Atualmente, o CP alemão no § 1.º, I, preceitua: “Determina-se a pena e suas consequências de acordo com a lei vigente no momento de realização do fato”.

Na Dinamarca, o Código de 1930 prescrevia em seu art. 1.º: “Cai sob a sanção da lei penal o ato cujo caráter delituoso é previsto pela lei dinamarquesa ou uma ação assimilável a tal ato”. Admitia o emprego da analogia como fonte criadora de infrações.

Na Itália, não obstante o advento do regime fascista, não se registrou exceção ao princípio da legalidade.

5. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A ANTERIORIDADE DA LEI

Determina o art. 1.º do CP que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia imposição legal: *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Ensinava José Frederico Marques que, além de seu significado político, possui o princípio um aspecto jurídico, uma vez que “fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabe-

lecido genericamente sem definição prévia da conduta punível e determinações da *sanctio juris* aplicável”³.

Não há crime sem que, antes de sua prática, haja uma lei descrevendo-o como fato punível. Por outro lado, a pena não pode ser aplicada sem lei anterior que a contenha. É lícita, pois, qualquer conduta que não se encontre definida em lei penal incriminadora.

Com o advento da *teoria da tipicidade*, o princípio de reserva legal ganhou muito de técnica. Típico é o fato que se amolda à conduta criminosa descrita pelo legislador. É necessário que o tipo (conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei penal) tenha sido definido antes da prática delituosa. Daí falar-se em anterioridade da lei penal incriminadora.

Assim, o art. 1.º do CP contém dois princípios:

1.º) Princípio da legalidade (ou de reserva legal): não há crime sem lei que o defina; não há pena sem cominação legal.

2.º) Princípio da anterioridade: não há crime sem lei “anterior” que o defina; não há pena sem “prévia” imposição legal.

Para que haja crime é preciso que o fato que o constitui seja cometido após a entrada em vigor da lei incriminadora que o define.

Ex.: O primitivo art. 281 do CP não punia o fato de o sujeito trazer consigo, *para uso próprio*, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. O crime era de “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente”. O Decreto-lei n. 385, de 26-12-1968, que entrou em vigor na mesma data, em seu art. 1.º, § 1.º, III, passou a configurar criminoso o fato: “Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente... traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. Suponha-se que o agente tivesse sido preso em flagrante no dia 20-12-1968, por trazer consigo, para uso próprio, vários *pacaus* de maconha. Haveria o crime do art. 281? Não, pois o agente havia praticado o fato antes de a lei incriminadora entrar em vigor. Não havia ainda o comando proibindo o “trazer consigo, para uso próprio”⁴.

O princípio de reserva se estende às normas penais não incriminadoras?

Não. A limitação “imposta às normas que preveem a pena como resultado de um comportamento ilícito, não se estende às normas não incrimi-

3. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 132 e 133.

4. Na *RT*, 424:352 e 353, encontramos fato semelhante. Atualmente, o tráfico ilícito e o uso indevido de entorpecente estão descritos na Lei n. 11.343/2006.

nadoras, onde a pesquisa do intérprete busca uma regra que se situa na esfera da licitude. Por haver restrições que vedem a ampliação do ilícito punível, não se pode inferir que o *licere* fique comprimido também no literalismo legal”⁵.

Reforçando o princípio legalista das normas punitivas, existe a regra do *nulla poena sine iudicio*, impedindo que o legislador vote norma penal sancionadora de coação direta, *i. e.*, que imponha desde logo a pena, sem julgamento (a denominada norma-sentença). Ninguém pode ser punido sem julgamento. A Const. Federal contém esse princípio no art. 5.º, XXXV, LIV, LV e LXVIII, que trata das garantias individuais.

Hoje, o princípio da legalidade está previsto na Const. Federal (art. 5.º, XXXIX). Somente a lei pode definir crimes e impor sanções penais, sendo vedado esse poder a outras fontes, como as medidas provisórias, ainda que beneficiem o agente.

5. José Frederico Marques, ob. cit., p. 133.

Capítulo VI

ÂMBITO DE EFICÁCIA DA LEI PENAL

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A lei não tem eficácia universal e permanente. Não vige em todo o mundo, nem é eterna.

Determinada pelo Estado, rege condutas dentro do espaço em que ele manifesta o seu poder. Assim, a lei penal de um Estado restringe a sua eficácia até onde principia a soberania dos outros.

Sob outro aspecto, condiciona a sua existência à vontade de seus criadores. A ação da lei penal, como a das outras leis, tem amplitude desde a entrada em vigor até sua revogação.

Finalmente, não obstante determine o preceito constitucional que todos são iguais perante a lei, há certas funções, exercidas por determinadas pessoas, que lhes conferem privilégios — não em relação à pessoa, mas à função —; são os privilégios funcionais quanto à aplicação da norma penal. Há privilégios de ordem penal, em consequência dos quais certas pessoas se subtraem à eficácia da punição, e de natureza processual penal, que as submetem a regras especiais nos processos criminais.

Assim, podemos estudar a eficácia da lei penal em relação:

- 1.º) ao tempo;
- 2.º) ao espaço; e
- 3.º) às funções exercidas por certas e determinadas pessoas.

Capítulo VII

ÂMBITO DE EFICÁCIA TEMPORAL DA LEI PENAL

(Da eficácia da lei penal no tempo)

1. NASCIMENTO E REVOGAÇÃO DA LEI PENAL

A lei penal, como todas, nasce, vive e morre.

Ela nos apresenta quatro momentos em expressões jurídicas:

- 1) *sanção*, que lhe dá integração formal e substancial;
- 2) *promulgação*, que lhe confere existência e proclama a sua executoriedade;
- 3) *publicação*, de que deriva a sua obrigatoriedade (ou eficácia), entrando em vigência; e
- 4) *revogação*, que a extingue, total ou parcialmente.

Sanção, na técnica jurídica, é o ato pelo qual, no regime constitucional, o Chefe do Governo, o Presidente da República, aprova e confirma uma lei. Com ela, a lei está completa. Não obstante, para se tornar obrigatória, faltam-lhe a promulgação e a publicação.

Promulgação é o ato pelo qual se atesta a existência da lei e se determina a todos que a observem. Tem a finalidade de conferir-lhe o caráter de autenticidade. Dela deriva o cunho de executoriedade, *i. e.*, ordem do poder governamental de que deve ser aplicada.

Publicação é o ato pelo qual se torna conhecida de todos, impondo a sua obrigatoriedade.

No Brasil, “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”, conforme

preceitua o art. 1.º da LICC. Pode ocorrer, pois, que, entre a data da publicação e início de sua obrigatoriedade, ocorra o lapso de quarenta e cinco dias. Isto quando a lei silencia quanto à data do início da vigência. Neste caso, há distinção entre a publicação e o momento de sua obrigatoriedade. Na maioria das vezes, porém, a lei penal entra em vigor na data de sua publicação, como a de n. 9.677, de 2-7-1998, que alterou a redação de dispositivos do CP (art. 2.º). De ver, ainda, que pode marcar prazo para a sua entrada em vigor, como a Lei n. 8.078, de 11-9-1990, que dispôs sobre a proteção penal do consumidor, determinando a obrigatoriedade para 180 dias após sua publicação (art. 118).

Se, entre a publicação e a entrada em vigor, ocorrer alteração da lei, aplicar-se-á o disposto no § 3.º do art. 1.º do Decreto-lei n. 4.657 (LICC): “Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação”. E se, após entrar em vigor a lei, surgir publicação contendo correção? Neste caso, a correção será considerada lei nova (art. cit., § 4.º).

Ao lapso entre a publicação e a efetiva vigência da lei dá-se o nome de *vacatio legis*. Tem dupla finalidade: possibilita que a norma seja conhecida antes de tornar-se obrigatória e, às autoridades incumbidas de fazê-la executar e às pessoas a que se endereça, a oportunidade de se prepararem para a sua aplicação¹.

Entre nós a lei penal é publicada pelo *DOU*.

Na data da publicação, ou vencido o prazo da *vacatio* ou outro determinado, inicia-se a vigência da lei, e assim prossegue até que deixe de vigorar, pela revogação.

Revogação é expressão genérica que traduz a ideia de cessação da existência de regra obrigatória, em virtude de manifestação, nesse sentido, do poder competente.

A revogação compreende: a derrogação e a ab-rogação, que expressam, respectivamente, a revogação parcial e a integral da lei.

Temos, pois:

Revogação { derrogação — quando cessa em parte a autoridade da lei;
 { ab-rogação — quando se extingue totalmente².

1. Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, t. 1, p. 370.

2. Diz o art. 2.º da LICC: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

Exemplo de derrogação: os antigos arts. 119 e 120 do CP de 1940 foram modificados pelo art. 1.º da Lei n. 5.467, de 5-7-1968. O art. 119, *caput*, tratando da reabilitação, só permitia o benefício em relação às penas acessórias. A nova lei estendeu o privilégio a todas as penas.

Exemplo de ab-rogação: o CP de 1890 foi ab-rogado pelo de 1940 (art. 360).

A revogação pode ser:

- a) expressa;
- b) tácita.

Ocorre a primeira quando a lei, expressamente, determina a cessação da vigência da norma anterior.

A revogação é tácita (implícita ou indireta) quando o novo texto, embora de forma não expressa, é incompatível com o anterior ou regula inteiramente a matéria precedente³.

A lei, entretanto, pode trazer em seu texto o término de sua vigência. É a lei de “vigência temporária” a que alude a ressalva do art. 2.º, *caput*, da LICC.

Essas leis são denominadas:

- a) temporárias; e
- b) excepcionais.

Leis temporárias são aquelas que trazem preordenada a data da expiração de sua vigência.

Leis excepcionais são as que, não mencionando expressamente o prazo de vigência, condicionam a sua eficácia à duração das condições que as determinam (guerra, comoção intestina, epidemia etc.).

Como se nota, o término da vigência dessas leis não depende de revogação por lei posterior, fugindo à regra geral. Consumado o lapso da lei temporária, ou cessadas as circunstâncias determinadoras das excepcionais, cessa a sua vigência. Fala-se, então, em *autorrevogação*.

Cumprе assinalar que a lei penal não se revoga por uso contrário ou por inexecução de seus mandamentos.

Finalmente, para que um cidadão seja punido pela prática de uma conduta delituosa é preciso que o fato incriminado se produza no intervalo que separa essas duas datas:

3. É o que dispõe o § 1.º do art. 2.º da LICC: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

1.^a) momento em que a lei que define o fato se torna obrigatória pela sua entrada em vigência;

2.^a) momento em que deixa de ser obrigatória por ter cessado a sua vigência.

Ocorrendo essa interposição, há fato típico.

2. CONFLITOS DE LEIS PENAIS NO TEMPO: PRINCÍPIOS QUE REGEM A MATÉRIA

Desde que a lei entra em vigor, até que cesse a sua vigência, rege todos os fatos abrangidos pela sua destinação. Entre estes dois limites, entrada em vigor e cessação de sua vigência, pela revogação, situa-se a sua eficácia. Assim, não alcança os fatos ocorridos antes ou depois dos limites extremos: não retroage nem tem ultra-atividade. É o princípio *tempus regit actum*.

Pode ocorrer, porém, que um crime iniciado sob vigência de uma lei tenha seu momento consumativo sob a de outra; que o sujeito pratique uma conduta punível sob a vigência de uma, devendo a sentença condenatória ser proferida sob a de outra, que comine pena mais severa ou benéfica em relação à primeira; que durante a execução da pena surja lei nova, regulando o mesmo fato e determinando *sanctio juris* mais benévola. Como resolver a situação? Qual a lei a ser aplicada: a do tempo da prática do fato ou a posterior? Surgem, pois, um *conflito de leis penais no tempo* e a necessidade de princípios para solucioná-lo.

Como decorrência do princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, há uma regra que domina o conflito de leis penais no tempo. É a da irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança, nem liberdade na sociedade, uma vez que se poderiam punir fatos lícitos após sua realização, com a abolição do postulado consagrado no art. 1.º do CP. Se não há crime sem lei anterior, claro é que não pode retroagir para alcançar condutas que, antes de sua vigência, eram consideradas fatos lícitos. É regra legal, pois, a aplicação da lei vigente à época da prática do fato — *tempus regit actum* — aforismo que constitui garantia individual.

O princípio da irretroatividade vige, entretanto, somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no direito transitório, a aplicação retroativa da lei mais benigna (*lex mitior*).

Temos, assim, dois princípios que regem os conflitos de direito intertemporal:

1.º) o da irretroatividade da lei mais severa;

2.º) o da retroatividade da lei mais benigna.

Esses dois princípios podem reduzir-se a um: o da *retroatividade da lei mais benigna*.

O princípio da irretroatividade da lei mais gravosa constitui um direito subjetivo de liberdade, com fundamento no art. 5.º, XXXVI e XL, da Const. Federal. Diz aquele que “a lei não prejudicará o direito adquirido”. Diz este que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O direito adquirido do sujeito consiste em fazer tudo que não é proibido pela norma penal e, assim, não sofrer pena além das cominadas para os casos previstos. Dessa forma, se a lei nova define uma conduta como crime, antes lícita, os fatos cometidos no período anterior à sua vigência não podem ser apenados. Ela não pode retroagir, uma vez que a retroprojeção encontra o óbice do direito adquirido pelo cidadão na vigência da anterior⁴.

Pode ocorrer que, praticado um crime na vigência de uma lei, surja lei nova impondo pena menos severa. Não teria o Estado o direito adquirido de punir o criminoso com a pena mais severa, cominada na lei antiga?

Não. A lei nova, mais benigna, exterioriza a consciência jurídica geral sobre aquele fato, entendendo que a sua punição deve ser mais branda. Se o próprio Estado reconhece que a pena antiga era muito severa, havendo necessidade de atenuá-la, demonstra renúncia ao direito de aplicá-la, não podendo alegar a teoria do direito adquirido em favor da continuação da punição com o *plus* do qual abriu mão.

Exemplos dos princípios expostos:

A pratica um crime sob a vigência da lei X, que comina pena de reclusão de 1 a 4 anos. Por ocasião do julgamento, passa a vigor a lei Y, regulando o mesmo fato e impondo a pena de reclusão de 2 a 8 anos. Qual a lei a ser aplicada, a anterior, mais benéfica, ou a posterior, mais severa?

A lei posterior não pode ser aplicada, em face do *princípio da irretroatividade da lei mais severa*. Deve ser aplicada a anterior, que passa a reger um fato praticado durante a sua vigência, mas após a sua derrogação.

É possível, então, a aplicação de uma lei não obstante cessada a sua vigência?

4. Em contrário: Aníbal Bruno, para quem “não se pode afirmar, na hipótese, como já observava Binding, em direito adquirido pelo criminoso. O criminoso não adquire pelo seu crime um direito a ser julgado segundo a lei do tempo do fato ou segundo a lei mais benigna. A ordem jurídica é que, por um princípio de justiça, não consente que ocorra de outro modo” (*Direito penal*, 1978, v. 1, t. 1, p. 267, nota 8).

Sim, quando mais benéfica em face de outra, posterior.

Essa qualidade da lei, pela qual tem eficácia mesmo depois de cessada a sua vigência, recebe o nome de *ultra-atividade*.

B realiza uma conduta punível sob a vigência da lei X, que comina pena de 2 a 4 anos de reclusão. Na ocasião de ser proferida a sentença, passa a vigorar a lei Y, determinando, para o mesmo comportamento, a pena de reclusão de 1 a 4 anos. Qual a lei a ser observada, a anterior, mais severa, ou a posterior, mais benigna?

Aplica-se a lei posterior, em face do *princípio da retroatividade da lei mais benigna*. A lei anterior, por ser mais severa, não possui ultra-atividade.

Como se observa, a lei mais benigna prevalece sobre a mais severa, prolongando-se além do instante de sua revogação ou retroagindo ao tempo em que não tinha vigência. É *ultra-ativa* (1.º caso) e *retroativa* (2.º). Essas duas qualidades da *lex mitior* recebem a denominação de *extra-atividade*.

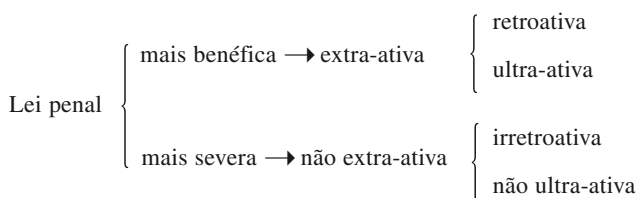
Por sua vez, a lei mais severa não retroage nem possui eficácia além do momento de sua revogação. Não é *retroativa* nem *ultra-ativa*. Essas qualidades negativas compõem o *princípio da não extra-atividade* da *lex gravior*.

Temos, assim:

A lei mais benéfica possui *extra-atividade*, que se constitui dos *princípios da retroatividade e da ultra-atividade*.

Em relação à lei mais severa, aplica-se o *princípio da não extra-atividade*, que se compõe dos *princípios da irretroatividade e da não ultra-atividade*.

Esquema:



No primeiro exemplo, em relação à lei penal anterior, aplica-se o *princípio da ultra-atividade*; em relação à posterior, o da *irretroatividade*.

No segundo, em relação à anterior, aplica-se o *princípio da não ultra-atividade*; em face da posterior, o da *retroatividade*.

Os dois exemplos podem ser solucionados por um só princípio: o da

retroatividade da lei mais benéfica. No primeiro, a situação deve permanecer inalterada, uma vez que a lei posterior é mais severa; no segundo, de aplicar-se o princípio da *retroatividade da “lex mitior”*.

3. HIPÓTESES DE CONFLITOS DE LEIS PENAIS NO TEMPO

A lei penal que entra em conflito com a anterior pode apresentar as seguintes situações:

a) a lei nova suprime normas incriminadoras anteriormente existentes (*abolitio criminis*);

b) a lei nova incrimina fatos antes considerados lícitos (*novatio legis incriminadora*);

c) a lei nova modifica o regime anterior, agravando a situação do sujeito (*novatio legis in pejus*);

d) a lei nova modifica o regime anterior, beneficiando o sujeito (*novatio legis in melius*).

Para resolver essas situações, o CP preceitua determinadas regras além dos postulados constitucionais retrorreferidos.

Determina o art. 2.º do estatuto repressivo:

“Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

As disposições falam em “lei posterior”. Quando é, uma lei, anterior ou posterior a outra? O ponto de referência é a promulgação ou a data da entrada em vigor?

Quando se fala em “lei posterior”, subentende-se a que passou a vigor em último lugar, independentemente das datas de publicação⁵.

5. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 1977, v. 1, t. 1, p. 119, nota 9, José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, 1958, v. 1, p. 209. O tempo que vai da publicação da lei até a sua vigência não é de suspensão de seus efeitos, mas de *vacatio legis*, durante o qual prevalece, inalterada, a legislação antiga. No intervalo da publicação até o dia da atuação da nova lei, permanece em pleno vigor a lei antiga que, por isso, deve continuar a ser observada, mesmo quando as suas disposições forem

Resolvido esse problema prévio, passemos a aplicar os princípios expostos aos casos apresentados.

4. “ABOLITIO CRIMINIS”, “NOVATIO LEGIS” OU LEI SUPRESSIVA DE INCRIMINAÇÕES: A LEI NOVA SUPRIME NORMAS INCRIMINADORAS

a) Conceito

Pode ocorrer que uma lei posterior deixe de considerar como infração um fato que era anteriormente punido. É a *abolitio criminis*, hipótese do art. 2.º, *caput*, do CP: a lei nova retira do campo da ilicitude penal a conduta precedentemente incriminada — “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime”.

Qual a lei a ser aplicada: a anterior, que incrimina, ou a posterior, que desincrimina? Claro que a posterior, em face do *princípio da retroatividade da lei mais favorável*, consagrado na legislação penal e na Magna Carta (art. 5.º, XL: a lei anterior deve ser observada, salvo quando agravar a situação do réu).

Estamos em face de exceção ao princípio *tempus regit actum*: a lei nova retroage; a antiga não possui ultra-atividade.

b) Fundamento

A ab-rogação de uma lei que define um fato como infração supõe que o Estado já não o considera contrário aos interesses da sociedade. Atua, assim, “el criterio de la valoración actual de los hechos humanos, no pareciendo equitativo que se imponga o continúe ejecutándose una pena por un hecho que en el momento del juicio o en el lapso en que la sanción se cumple no aparece ya reprobado por el ordenamiento jurídico”⁶. Não se justifi-

incompatíveis com a lei nova: isto porque a sua revogação não pode ocorrer senão por esta, ao se tornar obrigatória. É a lição de Pacifici-Mazzoni (*Istituzioni di diritto civile italiano*, v. 1, n. 14 e 62); de Fiori, citado por Espínola (*Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*, v. 1, n. 19, p. 48); de Vicente Ráo (*O direito e a vida dos direitos*, v. 1, n. 240, p. 372); de W. de Barros Monteiro (*Curso de direito civil*; parte geral, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 1978, p. 30). Assim, a nova regulamentação só existe a partir da data de sua vigência. Esse é o dia limite a ser considerado para a definição do direito aplicável a cada caso. Antes disso, as hipóteses são regidas pelas disposições precedentes, não por concessão expressa do legislador, mas, simplesmente, porque a lei anterior ainda está em vigor.

6. Francesco Antolisei, *Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal e Angel Torio, Buenos Aires, UTEHA, 1960, p. 86.

ca que o Estado continue a impor a sua vontade em prejuízo de interesses jurídicos fundamentais do transgressor da norma quando a considera inútil, anacrônica e iníqua.

c) Natureza jurídica

A *abolitio criminis*, também chamada *novatio legis*, constitui fato jurídico extintivo da punibilidade, *ex vi* do art. 107, III, do CP, que reza:

“Extingue-se a punibilidade:

.....
III — pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”.

Como se observa, há duplicidade de dispositivos cuidando da mesma matéria: arts. 2.º, *caput*, e 107, III. O princípio dos dois preceitos é o mesmo: a lei nova tem eficácia para reger condutas a ela anteriores, quando não as qualifique como criminosas. O disposto no art. 107 nada mais é que corolário do disposto no art. 2.º, uma vez que, dentre os efeitos da *abolitio criminis*, inclui-se a extinção do poder-dever de punir.

d) Exemplos

1.º) Suponha-se que A tivesse praticado adultério. No transcorrer da ação penal entrou em vigor a Lei n. 11.106, de 28-3-2005, que revogou o art. 240 do CP, deixando de considerar criminoso aquela conduta. O agente não poderia ser condenado por força da *abolitio criminis* ou lei supressiva da incriminação.

2.º) A está sendo processado por ter estabelecido jogo de azar em lugar acessível ao público (LCP, art. 50). Surge a lei X, deixando de considerar o fato como contravenção (ex. hipotético).

3.º) A pratica o crime previsto no art. 149 do Código atual. Advém novo Código, não prevendo o fato como crime (ex. hipotético).

4.º) O CP, em sua feição original, definia o crime de aliciamento de trabalhadores como o fato de “aliciar trabalhadores, para o fim de emigração” (art. 206). Adveio a Lei n. 8.683, de 15-7-1993, descrevendo o crime como a conduta de “recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro”. Imagine-se que, quando da entrada em vigor da lei nova, o sujeito estivesse respondendo a processo por ter aliciado trabalhadores “sem fraude”. O fato não seria delito diante da lei nova.

e) Efeitos e forma de aplicação

Diz o art. 2.º, *caput*, que em consequência da lei supressiva de incriminação

minação cessam a “execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. De outro lado, preceitua o art. 107, III, que a *novatio legis* extingue a punibilidade.

A lei nova descriminante, atuando retroativamente, exclui todos os efeitos jurídico-penais do comportamento *antes considerado infração*.

Há extinção do “*jus puniendi*” *in concreto* e do *jus punitiois*.

Várias hipóteses podem ocorrer:

1.^a) a *persecutio criminis* ainda não foi movimentada: o processo não pode ser iniciado;

2.^a) o processo está em andamento: deve ser “trancado” mediante decretação da extinção da punibilidade;

3.^a) já existe sentença condenatória com trânsito em julgado: a pretensão executória não pode ser efetivada (a pena não pode ser executada);

4.^a) o condenado está cumprindo a pena: decretada a extinção da punibilidade, deve ser solto.

Quando o legislador, no art. 2.º, *caput*, refere-se à cessação da execução da sentença condenatória, cuida de cessação da *sanctio juris* imposta por ela e que está sendo efetivada.

Que significa cessação dos “efeitos penais da sentença condenatória”?

A condenação é ato do juiz, sob a forma de sentença, que transforma a regra sancionadora de abstrata em concreta. É, como ensina Liebman, ato que aplica, impõe, determina *in concreto* a sanção que o transgressor deverá sofrer pelo ato praticado⁷.

O CPP, no art. 387, determina ao juiz, no ato de proferir a sentença condenatória, “aplicará as penas de acordo com essas conclusões” (inc. III, com redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008).

Aí temos os efeitos principais da condenação.

A par deles, há outros, de natureza secundária ou acessória, chamados “efeitos reflexos”, dentre os quais há os *penais* e os *não penais*. Nestes, inclusive, encontramos o determinado pelo art. 91, I, do CP: a reparação civil.

Da condenação derivam determinados *efeitos penais secundários*:

a) ela forja a reincidência (art. 61, I); b) impede o benefício da suspensão condicional da execução da pena (*sursis* — art. 77, I); c) opera a revogação do *sursis* (art. 81, I); d) torna facultativa a revogação do *sursis*

7. Enrico Tullio Liebman, *Processo de execução*, 1946, p. 39.

(art. 81, § 1.º); e) no *livramento condicional*, a condenação passada em julgado causa sua revogação obrigatória (art. 86, I e II) ou facultativa (art. 87); f) depois de tornar-se irrecorrível a sentença condenatória, a *prescrição da pretensão executória* não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo (art. 116, parágrafo único); g) a *reabilitação* é revogada se o reabilitado sofre nova condenação, por sentença irrecorrível, a pena que não seja de multa (art. 95); h) a condenação irrecorrível tem influência sobre a *exceção da verdade* no crime de calúnia (art. 138, § 3.º, I e III); i) no “porte de arma” branca a pena é aumentada de um terço até metade se o agente já tiver sido condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa (LCP, art. 19, § 1.º).

Esses efeitos penais, principais ou secundários, desaparecem com a *abolitio criminis*.

Como fato jurídico, há a acrescentar que a condenação é registrada, e lançado o nome do réu no rol dos culpados, ato que permite a documentação da decisão condenatória para que produza seus efeitos secundários. Ocorrendo a *abolitio criminis*, a condenação é declarada inexistente e o nome do condenado é riscado do rol dos culpados: o comportamento, como conduta punível, deixa de figurar em sua vida pregressa. Se vier a praticar outra infração, a conduta anterior, tornada inexistente, não o poderá prejudicar.

Vimos que a obrigação civil de reparação do dano causado pelo delito constitui efeito secundário da condenação (CP, art. 91, I). A lei nova desincriminante exclui essa obrigação?

Não. Diz o art. 2.º que em virtude dela cessam “os efeitos penais da sentença condenatória”, perdurando, evidentemente, os de natureza civil.

Ex.: O sujeito é definitivamente condenado pela prática de certo crime. Posteriormente, surge lei nova, desincriminando a conduta cometida (*abolitio criminis*). Extinta a punibilidade, a vítima pode ser ressarcida do prejuízo?

Pode, uma vez que a *abolitio criminis* não apaga os efeitos civis da prática delituosa.

Pode ser declarada em primeira ou segunda instância.

Não depende de provocação do interessado ou seu representante, devendo ser declarada pelo juiz, *ex officio*, conforme a regra do art. 61, *caput*, do CPP.

Pode ser declarada antes de a lei nova entrar em vigor?

No primeiro exemplo dado, podia ser decretada a extinção da punibilidade antes de 1.º-12-1942, data em que o Código entrou em vigor?

Não. Antes de entrar em vigor, a lei nova não possui eficácia. Lei posterior, como ficou assentado, é a que passou a vigor em substituição a outra.

5. “NOVATIO LEGIS” INCRIMINADORA: A LEI NOVA INCRIMINA FATOS ANTERIORMENTE CONSIDERADOS LÍCITOS

Ocorre a *novatio legis* incriminadora quando um indiferente penal em face de lei antiga é considerado crime pela posterior. Tem império a regra *tempus regit actum*.

A lei que incrimina novos fatos é irretroativa, uma vez que prejudica o sujeito. O fundamento deste princípio se encontra no aforismo *nullum crimen sine praevia lege*. Se não há crime sem lei anterior, a lei nova incriminadora não pode retroagir para alcançar fatos praticados antes de entrar em vigor (CP, art. 1.º).

Exs.: 1.º) A, em dezembro de 2000, constrange B, funcionária a ele subordinada, a manter relação sexual, ameaçando-a de demissão caso não ceda ao seu pedido. A conduta do agente configura assédio sexual. Tal conduta passou a ser definida como crime somente em 16 de maio de 2001, data de início de vigência da Lei n. 10.224, que tipificou o ato de: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”, apenado com detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. A nova lei aplica-se ao agente? Não, pois a nova lei, sendo gravosa, tem caráter irretroativo. Cuida-se de *novatio legis* incriminadora.

2.º) A, Prefeito Municipal, em 1966, utilizou-se de veículos e máquinas da Prefeitura para a realização de serviços particulares. O fato era considerado peculato? Não. Entendia-se que a conduta típica de apropriar-se, núcleo do tipo, não ocorria. O fato era considerado peculato de uso, impunível. O Decreto-lei n. 201, de 27-2-1967, em seu art. 1.º, II, considerou conduta punível o fato de o Prefeito Municipal “utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”, sujeito à pena de reclusão, de dois a doze anos. Referida norma penal tem efeito retroativo, no sentido de alcançar o fato praticado pelo Prefeito? Não. A *novatio legis* incriminadora é irretroativa.

A *ratio* da irretroatividade é compreensível. Um dos requisitos do crime é a antijuridicidade: contrariedade do fato à norma, contida implicitamente na lei penal. Se não existe *lei*, não há *norma* (mandamento proibi-

tivo). Se não há advertência do Estado proibindo determinada conduta e impondo uma *sancio juris* ao seu autor, ela é por ele considerada penalmente lícita, e quem a pratica não pode ser apenado. Se assim não fosse, não haveria garantia: o cidadão, praticando uma conduta lícita hoje, poderia em consequência dela ser condenado amanhã.

E se o cidadão vier a praticar o fato durante o lapso da *vacatio* da *novatio legis* incriminadora?

Não terá praticado crime, uma vez que a lei penal adquire obrigatoriedade quando entra em vigor.

6. “NOVATIO LEGIS IN PEJUS”: A LEI NOVA MODIFICA O REGIME ANTERIOR, AGRAVANDO A SITUAÇÃO DO SUJEITO

Se a lei posterior, sem criar novas incriminações ou abolir outras precedentes, agrava a situação do sujeito, não retroage. Há duas leis em conflito: a anterior, mais benigna, e a posterior, mais severa. Em relação a esta, aplica-se o *princípio da irretroatividade da lei mais severa*; quanto àquela, o da *ultra-atividade da lei mais benéfica*. Dessa forma, se o sujeito pratica um fato criminoso na vigência da lei X, mais benigna, e, no transcorrer da ação penal, surge a Y, mais severa, o caso deve ser apreciado sob a eficácia da antiga, em face da exigência de não fazer recair sobre ele uma valoração mais grave que a existente no momento da conduta delituosa. Há obediência ao princípio *tempus regit actum*.

A lei nova pode ser mais severa que a anterior nos seguintes casos:

1.º) A *sancio juris* imposta atualmente ao crime é mais severa em qualidade que a da precedente.

Ex.: A pratica um crime sob a vigência da lei X, que comina *pena de multa*. Entra em vigor a lei Y, cominando, para o mesmo fato, *pena privativa de liberdade* (reclusão ou detenção). A lei posterior é mais severa e não pode retroagir⁸.

2.º) A *sancio juris* imposta atualmente, embora da mesma qualidade, é mais severa quanto à maneira de execução.

8. Pode, entretanto, acontecer que, “dadas as precárias condições econômicas do réu, o cumprimento de prisão por breve prazo seja mais favorável que o pagamento de pesada multa. Assim, nem sempre deverá ser reconhecida a maior benignidade da pena *in oere, i. e.*, não deve ser admitida como um conceito apriorístico e invariável” (Nélsion Hungria, ob. cit., 1977, v. 1, t. 1, p. 114).

Ocorreria no caso em que o legislador, através de lei nova, determinasse à execução da pena de detenção o mesmo rigor inicial da pena de reclusão (CP, art. 33, *caput*). Se A estivesse para iniciar o cumprimento da pena de detenção, imposta na vigência da lei antiga, quando do advento da nova, esta não poderia retroagir, uma vez que o prejudicaria.

3.º) A quantidade da “*sanctio juris*” *in abstracto* é aumentada⁹.

Ex.: A comete um crime na vigência da lei X, que impõe, *in abstracto*, a pena de reclusão de 1 a 5 anos. Surge a lei Y, cominando, para o mesmo comportamento, a pena de reclusão, de 2 a 8 anos. A lei nova é mais severa. Não pode retroagir. Se A for condenado a pena deverá variar entre os limites da lei antiga: de 1 a 5 anos de reclusão.

4.º) O *quantum* da pena *in abstracto* é mantido, mas a maneira de sua fixação (*in concreto*) é mais rígida que a determinada pela lei anterior¹⁰.

Ex.: o legislador modifica o conteúdo do art. 59 do Código, de modo que estabelece um regime mais severo na fixação da pena.

5.º) São excluídas *circunstâncias* que favorecem o sujeito (atenuantes ou causas de diminuição de pena) ou incluídas *circunstâncias* que o prejudicam (agravantes ou causas de aumento de pena).

Exs.: a) A confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria de um crime. Em seu favor milita a *circunstância atenuante* prevista no art. 65, III, d. Surge, durante o processo, a lei X, suprimindo a referida circunstância. O sujeito, se condenado, deve ser favorecido pela atenuante, não obstante não mais vigor, ao tempo da sentença, a disposição que a previa. A lei nova não pode retroagir, excluindo-a; a lei antiga, mais benéfica, deve ser aplicada, pois possui ultra-atividade.

b) O sujeito comete um crime, após o que passa a vigor a lei X, cominando para o fato praticado a *agravante* Y, inexistente na legislação anterior. Não pode ela ser aplicada ao caso.

c) A e B praticam um homicídio simples, após se embriagarem propositadamente para cometê-lo. Estão sujeitos à sanção do art. 121, *caput*, reclusão, de 6 a 20 anos, mais a *agravante* prevista no art. 61, II, l (embriaguez preordenada). Durante o processo entra em vigor a lei Y, determinando que

9. Pena *in abstracto* é a cominada pelo preceito secundário da norma incriminadora. Ex.: no crime de estelionato, o legislador impõe as penas de “reclusão, de um a cinco anos, e multa” (CP, art. 171, *caput*).

10. Pena *in concreto* é a fixada pelo juiz na sentença condenatória. Se, dentro dos limites de 1 a 5 anos de reclusão, o juiz condena o réu a 2 anos, esta é a pena *in concreto*.

a pena do homicídio simples é aumentada de um terço se o agente se embriaga propositadamente para cometê-lo. A lei nova está incluindo uma *circunstância legal específica*, denominada *causa de aumento de pena*, tornando o homicídio, na hipótese, qualificado. A pena dos agentes pode ser aumentada de um terço? Não, uma vez que a *novatio legis in pejus* não pode retroagir. Contra eles só pode ser aplicada a agravante da embriaguez preordenada.

6.º) São incluídas *qualificadoras* anteriormente inexistentes.

Ex.: A e B cometem um crime de homicídio simples. Após, surge a lei X, cominando a pena de 12 a 30 anos se o homicídio é praticado por duas ou mais pessoas. Estamos em face de uma *qualificadora* não prevista no § 2.º do art. 121. A lei nova não pode retroagir para o fim de ensejar a condenação dos agentes à pena de 12 a 30 anos de reclusão. Se condenados, a pena será a prevista no *caput* do artigo: reclusão, de 6 a 20 anos (na ausência de outra qualificadora).

7.º) A lei nova suprime benefícios determinados pela antiga com referência à suspensão ou interrupção da execução da pena.

Ex.: A realiza a conduta punível sob a vigência da lei X, que permite a suspensão condicional da execução da pena (*sursis*). Antes de ser proferida a sentença passa a vigorar a lei Y, impedindo, no caso de A, a suspensão condicional da execução da pena. O juiz poderá beneficiá-lo com o *sursis*? Há conflito entre a lei antiga, que o permite, e a nova, que o impede. Aplica-se a lei anterior, mais benéfica. A posterior, mais severa, é irretroativa.

8.º) A lei nova, mantendo o benefício, dificulta a sua obtenção.

Ex.: na véspera de o condenado obter o livramento condicional, satisfeitos os seus requisitos, surge a lei X, exigindo uma condição a que ele não atende. O livramento pode ser concedido? Sim. A lei antiga, em que não se continha o novo requisito, é mais benéfica que a nova; é ultra-ativa. A lei posterior, mais severa, não tem retroprojeção.

9.º) A lei nova exclui causas de extinção da punibilidade.

Quando isso ocorre, o juiz deve aplicar a lei antiga, mais benéfica, declarando extinta a punibilidade. A lei nova, não obstante em vigor, não retroage por ser mais severa.

10.º) A lei nova mantém causas de extinção da punibilidade, mas dificulta a sua ocorrência.

Ex.: a lei nova amplia o prazo prescricional.

11.º) A lei nova exclui escusas absolutórias anteriormente existentes.

Ex.: A, maior de 18 anos, pratica um crime de furto contra seu pai. Está isento de pena, nos termos do art. 181, II, 1.ª figura, do CP. Ocorre uma escusa absolutória, que significa caso de não aplicação da pena a crimes determinados, conforme normas particulares contidas na parte especial. Após a prática, surge lei nova, excluindo a disposição do art. 181 (ex. hipotético). Qual a lei a ser aplicada? Evidente que a antiga, mais benigna.

12.º) A lei nova cria pena restritiva de direitos não prevista na legislação anterior. Se, na vigência da lei antiga, o sujeito estava sendo processado, mesmo que a nova pena restritiva de direitos seja aplicável em consequência do fato por ele praticado, não pode ser imposta, uma vez que a *novatio legis* o prejudicaria.

13.º) A lei nova exclui causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade anteriormente existentes.

Ex.: Suponha-se que o sujeito esteja sendo processado por supressão de documentos e alegue em sua defesa “coação moral irresistível”. Presentes os seus requisitos, incide uma causa de exclusão da culpabilidade. Antes de proferida a decisão absolutória entra em vigor a lei X, excluindo a dirimente do art. 22, 1.ª parte (ex. hipotético). O sujeito deve ser condenado ou absolvido? Claro que absolvido, se sua conduta se enquadra no dispositivo citado. A lei nova não pode ser aplicada, por ser prejudicial ao réu.

O mesmo aconteceria se a lei nova suprimisse uma causa de exclusão da antijuridicidade (CP, art. 23).

14.º) A lei nova exclui condições de procedibilidade exigidas pela antiga.

Que são condições de procedibilidade?

Condições da ação, modernamente denominadas “condições de procedibilidade”, de acordo com Chiovenda, são as necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor¹¹.

São três:

1.ª) possibilidade jurídica do pedido;

2.ª) *legitimatio ad causam*;

3.ª) interesse de agir¹².

Essas são as denominadas condições genéricas de procedibilidade.

11. *Instituições de direito processual civil*, Saraiva, 1965, v. 1, p. 66.

12. Veja o conceito dessas condições in Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, 5. ed., Bauru, Jalovi, 1979, p. 486 e s.

A par delas, existem outras, as condições específicas. Diferem das genéricas, pois estas são exigidas para a propositura de todas as ações, ao passo que elas são necessárias apenas em alguns casos determinados pela lei penal.

Condições específicas de procedibilidade ou de perseguibilidade são aquelas “exigidas por lei, e às quais se subordina o *jus actionis*, de sorte que a ação penal não poderá ser exercida, quando ausentes...”¹³. São condições de procedibilidade:

1.^a) a queixa: peça inicial da ação penal privada, através da qual o ofendido ou seu representante legal promove a instauração do processo penal, deduzindo em Juízo a pretensão punitiva derivada da prática da conduta punível¹⁴;

2.^a) a representação: manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal no sentido de movimentar a *persecutio criminis in judicio* (ex.: parágrafo único dos arts. 147, 153, 154 e 176; art. 151, § 4.º; art. 156, § 1.º etc.);

3.^a) a requisição do Ministro da Justiça: manifestação de vontade do Estado, por intermédio do Ministro da Justiça, permitindo a persecução penal (ex.: CP, arts. 7.º, § 3.º e 145, parágrafo único, 1.ª parte);

4.^a) a entrada do agente no território nacional, nos termos do art. 7.º, § 2.º, *a*, do CP;

5.^a) as novas provas, de acordo com o que dispõe o parágrafo único do art. 414 do CPP;

6.^a) as condições previstas nos arts. 520 e 525 do estatuto processual penal, dentre outras.

Suponha-se que o sujeito tenha praticado um crime de ameaça, a cuja ação penal somente se procede mediante representação (CP, art. 147, parágrafo único). Sem que o ofendido, ou seu representante legal, tenha exercido o seu direito, surge a lei X, tornando incondicionada a ação penal através de exclusão do parágrafo citado. A pretensão punitiva pode ser deduzida em Juízo pelo órgão do Ministério Público? O Promotor Público pode oferecer denúncia contra o autor da ameaça sem que o ofendido (ou seu representante legal) tenha exercido o direito de representação?

Não. A lei posterior, excluindo a condição de procedibilidade (qual seja, o direito de representação), tornou-se para o criminoso mais severa que a anterior, que a exigia. Em face da lei nova, o órgão do Ministério

13. Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. e loc. citis.

14. Cf. José Frederico Marques, ob. cit., v. 1, p. 194; Nélson Hungria, ob. cit., v. 1, t. 1, p. 123.

Público pode oferecer denúncia contra o autor da ameaça sem a “manifestação de vontade” da vítima, o que antes dela não ocorria. Sendo mais severa, não pode retroagir. Logo, no caso, o Promotor Público não pode oferecer denúncia sem a representação.

Outro exemplo:

A comete um crime de “fraude à execução” (CP, art. 179), a cuja ação penal “somente se procede mediante queixa” (parágrafo único). Após, sem que o ofendido tenha exercido o seu direito, passa a vigor a lei X, definindo o crime da mesma forma, mas excluindo o parágrafo citado, de modo que torna pública e incondicionada a ação penal¹⁵. Esta não pode ser iniciada pelo Promotor Público mediante denúncia, permanecendo sob a eficácia da lei antiga, que, mais benigna, possui ultra-atividade. A *novatio legis* mais severa, uma vez que torna incondicionada a ação penal, não retroage: não tem extra-atividade¹⁶.

Mas as disposições que regem o exercício do direito de queixa e de representação não estão mais pormenorizadamente determinadas no CPP (arts. 24 e s.)? A queixa e a representação não são condições de procedibilidade da ação penal? E, sendo assim, não estaríamos diante de normas processuais penais, que têm aplicação imediata?¹⁷

Não. O direito de queixa ou de representação não exercido pelo ofendido, ou seu representante legal, dentro de certo prazo estabelecido pela lei,

15. Ação penal pública incondicionada é a iniciada por denúncia do órgão do Ministério Público, independentemente de manifestação de vontade do ofendido, no sentido de movimentar a Justiça penal contra o autor do crime, ou de qualquer outro requisito. Ex.: crime de furto: mesmo que o *dominus* não queira “processar” o autor da subtração, a ação penal é iniciada mediante denúncia (cf. CPP, art. 24).

16. “Ocorrida a *novatio legis*, e transformado um delito de ação privada em crime de ação pública, não se aplica a lei nova porque a decadência do *jus querellandi* não atinge apenas o *jus perseguendi* do particular, mas também o *jus puniendi* do Estado; e tudo quanto impeça ou dificulte este último, além de favorecer o réu, se insere no âmbito da lei penal” (José F. Marques, ob. cit., p. 194).

17. Art. 2.º do CPP: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

18. Art. 103 do CP: “Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime...”.

Art. 38 do CPP: “Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime...”.

Art. 107 do CP: “Extingue-se a punibilidade: ... IV — pela ... decadência...”.

extingue a punibilidade: extingue-se o direito de punir do Estado pelo decurso do prazo prefixado, sem o exercício do *jus persequendi*¹⁸ (o mesmo acontecendo com a renúncia e o perdão, conforme preceitua o art. 107, V, do CP). Assim, a não decadência do direito de queixa ou de representação e a ausência de renúncia do direito de queixa ou de perdão aceito constituem condições de punibilidade. Então, as normas que regem o direito de queixa ou de representação, estando vinculadas ao *jus puniendi*, não se subordinam à regra intertemporal contida no CPP, pois a decadência está incluída nas normas penais. Sendo mais severa a lei nova, não pode retroagir, permanecendo o caso sob a regência da antiga, mais benigna.

De observar que o mesmo não ocorre em relação à requisição do Ministro da Justiça, não obstante tratar-se de característica condição de procedibilidade. Explica-se. Acontece que, não exercido pelo ofendido, ou seu representante legal, o direito de queixa ou de representação, dentro do prazo fixado pela lei, como vimos, extingue-se a punibilidade. Em relação à requisição ministerial, porém, a ausência de seu exercício em nada afeta a pretensão punitiva do Estado que, a todo tempo, enquanto não prescrita, pode ser deduzida em juízo através do *jus actionis*¹⁹.

Em suma, em todos os casos em que a lei nova prejudica o sujeito, não pode retroagir (veremos que em relação às normas penais excepcionais e temporárias vige princípio diverso).

7. “NOVATIO LEGIS IN MELIUS”: A LEI NOVA MODIFICA O REGIME ANTERIOR, BENEFICIANDO O SUJEITO

Se a lei nova, sem excluir a incriminação, é mais favorável ao sujeito, retroage. Aplica-se o princípio da retroatividade da lei mais benigna.

Sobre o assunto, reza o parágrafo único do art. 2.º do CP:

“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Que significa a expressão “de qualquer modo”?

Significa que a lei posterior favorece o sujeito de qualquer modo que não seja através da *abolitio criminis* (art. 2.º, *caput*).

Sem que esgotem o assunto, uma vez que a sua benignidade deve ser apreciada em cada caso, podemos citar os seguintes casos de lei posterior que, de qualquer modo, favorece o sujeito:

19. Cf. José Frederico Marques, ob. cit., v. 1, p. 194.

1.º) A lei nova inclui circunstâncias que o beneficiam (atenuantes).

Ex.: A confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria de um crime imputada a outrem. Suponhamos que não existisse a atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do CP. Durante o processo surge a lei X, incluindo a referida circunstância. O sujeito, se condenado, deve ser favorecido pela atenuante, embora não vigorasse, ao tempo da prática do crime, a disposição que a determinou. A lei nova, mais favorável, deve retroagir.

2.º) A lei nova cria causas extintivas da punibilidade desconhecidas na legislação antiga.

3.º) A lei nova facilita a superveniência de causas extintivas da punibilidade, como, p. ex., diminuindo o prazo prescricional.

4.º) A lei posterior, em determinado crime, permite a obtenção de benefícios, como o *sursis* e o livramento condicional, não permitidos na legislação antiga; ou facilita a sua obtenção.

5.º) A lei nova acresce causas de exclusão da antijuridicidade, da culpabilidade ou escusas absolutórias, anteriormente inexistentes.

6.º) A lei posterior, em determinado caso, exclui a concessão de extradição.

7.º) A lei nova inclui condições de procedibilidade não exigidas anteriormente.

É possível que a lei posterior transforme um crime de ação pública em crime de ação privada; que converta um crime de ação penal pública incondicionada em crime de ação penal pública condicionada à requisição ministerial ou representação. Nestes casos, são necessárias distinções:

a) se a ação penal ainda não se iniciou, quando da entrada em vigor da lei nova, não pode ser intentada sem as referidas condições de procedibilidade;

b) se a ação penal já foi intentada pelo órgão do Ministério Público, através de denúncia, e a lei nova exigir a queixa, só pode prosseguir se o ofendido, ou seu representante legal, assumir a posição acusatória;

c) se a ação penal já foi iniciada pelo órgão do Ministério Público, através da denúncia, e a lei nova exigir a representação, o processo só pode prosseguir em face da anuência do ofendido, que deverá ser notificado a fim de manifestar-se, sob pena de ocorrer decadência.

8.º) A lei nova comina pena menos rigorosa.

A lei nova pode cominar pena menos rigorosa nos seguintes casos:

a) Mudança de natureza da pena:

Ex.: A pratica um crime sob a vigência da lei X, que comina pena de detenção. Após, passa a vigorar a lei Y, cominando, para o mesmo fato, pena pecuniária. A lei nova comina pena menos rigorosa e, assim, deve retroagir (a lei anterior, por ser mais severa, não possui ultra-atividade).

b) Pena menos rigorosa quanto à maneira de execução:

Neste caso, a *sanctio juris* imposta pela lei nova, embora da mesma qualidade e quantidade da antiga, é menos severa quanto à forma de execução.

Ex.: O legislador, através de nova lei, determina à pena de reclusão o mesmo regime de execução da pena de detenção.

c) Redução quantitativa da pena:

Ex.: A pratica um crime na vigência da lei X, que impõe, em abstrato, a pena de reclusão, de 2 a 8 anos. Surge a lei Y, cominando, para a mesma conduta, a pena de reclusão, de 1 a 4 anos. A lei nova é menos severa. Retroage. Se A for condenado, a *sanctio juris* deverá variar entre os limites impostos por ela: de 1 a 4 anos de reclusão.

d) A lei nova transforma o crime em simples contravenção:

Ex.: O fato de “fabricar gazuas, chaves, instrumentos e aparelhos próprios para roubar”, considerado crime pelo Código de 1890 (art. 361), na legislação vigente é simples contravenção (LCP, art. 24). A pena é mais branda.

Determina o parágrafo único do art. 2.º que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, “ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Significa que o princípio da retroatividade é incondicional, não se detendo nem perante a coisa julgada.

8. APURAÇÃO DA MAIOR BENIGNIDADE DA LEI

Todos os casos hipotéticos anteriormente apresentados podem ser solucionados pela seguinte regra: a lei só retroage quando beneficiar o sujeito.

Mas que se deve entender por lei mais benigna?

Surge, então, o problema de apuração da maior benignidade da lei.

Inicialmente, é preciso estabelecer o que se entende por “lei”, uma vez que o Código não fala em “lei penal”.

Já dissemos que, não raro, a figura típica se integra de elementares extrapenais.

É o que ocorre nas normas penais em branco, completadas por elementos típicos precedentes de zonas extrapenais. Nesses casos, eles passam a integrar a lei penal. Podem ser consideradas leis penais, para efeito da retroatividade benéfica, as disposições complementares das normas penais em branco?

Suponhamos que A tenha praticado o crime de “conhecimento prévio de impedimento” ao casamento (CP, art. 237). Trata-se de norma penal em branco, uma vez que os impedimentos que causam a nulidade absoluta do matrimônio estão fixados nos arts. 1.521, 1.523 etc. do CC. Após a prática do crime, surge a lei X, ab-rogando os arts. 1.521, 1.523 etc. do CC. Ela pode ser considerada lei penal para efeito de retroagir e beneficiar o sujeito?

Sim. A lei nova, de caráter extrapenal, não modificou simplesmente um elemento de fato, acessório da figura típica, mas excluiu o próprio tipo delitivo, em relação à conduta praticada pelo sujeito.

De notar: para que esses efeitos da norma extrapenal se produzam é necessário que ela altere as características abstratas da norma penal, que modifique a figura típica, e não seus dados secundários.

Assim, quando o Código fala em “lei posterior”, cuida não somente da de natureza penal, mas também das de cunho extrapenal, observado o princípio exposto. Consoante a lição de Costa e Silva, na determinação da lei mais favorável ao agente “até mesmo devem ser levadas em conta as normas extrapenais que constituam, explícita ou implicitamente, elementos da lei penal”²⁰.

Fixado esse ponto, vejamos o que se entende por lei benigna.

Consoante a lição de Asúa, são inúteis regras casuísticas formuladas em abstrato sobre a lei mais benigna, pois o problema tem de decidir-se em cada caso concreto, comparando-se em cada fato real o resultado da aplicação das várias leis²¹.

De modo geral, toda norma que amplie o âmbito da licitude penal, quer restringindo o campo do *jus puniendi* ou do *jus punitonis*, quer estendendo o do *jus libertatis*, de qualquer forma, pode ser considerada *lex mitior*.

Observe-se, porém, que esse resultado só pode ser alcançado após acurado exame das normas em conflito em face do caso concreto, pois uma disposição aparentemente mais favorável ao sujeito pode ser, na realidade, muito mais severa. Tomemos um exemplo.

20. *Código Penal*, São Paulo, 1943, v. 1, p. 27.

21. *La ley y el delito*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1980, p. 154.

A pratica um crime a que o legislador impõe pena de detenção, de 1 a 2 anos, vindo a ser condenado a 1 ano e 8 meses, em face de uma circunstância legal genérica. Não pode obter *sursis*, uma vez que era reincidente em crime doloso (CP, art. 77, I). Não pode, também, ser favorecido pelo livramento condicional, pois a pena é inferior a 2 anos (art. 83, *caput*). Após, surge a lei B, cominando para o mesmo comportamento pena de 2 a 3 anos de detenção.

Qual a norma mais favorável, a anterior ou a posterior?

Aparentemente, a anterior, que impõe pena quantitativamente mais branda que a prevista na posterior.

Na realidade, a lei mais favorável é a posterior.

Nos termos da lei antiga, o condenado teria de cumprir 1 ano e 8 meses de detenção. De acordo com a nova, vindo a condenação a reajustar-se em 2 anos e 8 meses de detenção, poderá obter livramento condicional após o cumprimento de 1 ano e 4 meses de detenção, mais da metade da pena, duração inferior à da antiga, a teor do art. 83, II²².

Vê-se que a lei anterior, não obstante parecer à primeira vista a mais favorável, é, no caso concreto, a mais severa. Daí dizer-se que a solução de saber qual das leis em conflito é a mais favorável reside na comparação entre elas em concreto, e não *in abstracto*. Significa que o juiz deve apreciar o caso concreto em face da lei anterior; depois, sob a eficácia da posterior; eventualmente, nos termos da intermédia. Os vários resultados devem ser comparados: aquele que mais favorecer o agente deverá ser o escolhido.

Nos casos de séria dúvida sobre a lei mais favorável, deve a nova ser aplicada somente aos fatos ainda não decididos, nada impedindo seja ouvido o réu a respeito.

9. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA

Se a lei nova mais benigna, nas hipóteses do art. 2.º, e seu parágrafo único, do CP, surge antes de o juiz proferir a sentença, o caso não oferece dificuldade, cabendo a ele fazer, na decisão, a adequação penal.

Quando, entretanto, a sentença condenatória já transitou em julgado, a quem cabe a nova adequação penal: ao juiz de primeiro grau ou ao Tribunal, em grau de revisão criminal ou *habeas corpus*?

22. É a lição de Manzini: “Quanto aos *benefícios* de que pode gozar o réu, a lei mais favorável é a que permite a concessão deles, ainda que a outra, que a não permite, comine pena inferior à da primeira” (ob. cit., v. 1, p. 442).

Neste caso, a competência é do juiz de primeiro grau (da execução penal), segundo o que dispõe o art. 66, I, da Lei de Execução Penal (Súmula 611 do STF).

Dessa forma, a competência não é do Tribunal, a quem cabe intervir somente na hipótese de haver recurso do despacho do juiz de primeira instância (Lei de Execução Penal, art. 197).

10. LEI INTERMEDIÁRIA

Pode acontecer que o sujeito pratique o fato sob o império de uma lei, surgindo, depois, sucessivamente, duas outras, regulando o mesmo comportamento, sendo a intermediária a mais benigna. A solução é dada pela Exposição de Motivos do CP de 1940: “Não havia necessidade de declarar expressamente que, no caso de sucessão de várias leis, prevalece a mais benigna, pois é evidente que, aplicando-se ao fato a lei posterior somente quando favorece o agente, em caso algum se poderá cogitar da aplicação de qualquer lei sucessiva mais rigorosa, porque esta encontrará o agente já favorecido por lei intermediária mais benigna” (n. 7, *in fine*).

Analisando os efeitos das três leis, veremos que a primeira é ab-rogada pela intermédia e, sendo mais severa, não tem ultra-atividade; a intermediária, mais favorável que as outras duas, retroage em relação à primeira e possui ultra-atividade em face da terceira; esta, mais severa, não retroage. Nos termos do art. 2.º, § 3.º, da LICC, “a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Sendo ab-rogada a primeira lei pela intermédia, na realidade, temos um conflito intertemporal entre duas leis: a segunda e a terceira.

11. COMBINAÇÃO DE LEIS

É possível combinar várias leis para favorecer o sujeito?

Respondiam afirmativamente Roubier, Garraud e Petrocelli. No Brasil: Basileu Garcia, José Frederico Marques e Magalhães Noronha.

Pronunciavam-se contra a combinação de leis: Battaglini, Maurach, Rittler, Pannain, Antolisei e Asúa. Entre nós: Costa e Silva, Nelson Hungria e Aníbal Bruno.

Argumenta-se que a disposição mais favorável ao sujeito não deve ser obtida através da combinação da lei antiga com a nova, apanhando-se delas as partes mais benignas. Se isso fosse possível, afirmam, o juiz estaria criando uma terceira lei, o que não é permitido. Objetar-se que o juiz não está

criando nova lei, mas movimentando-se dentro do campo legal em sua missão de integração legítima. Se ele pode escolher uma ou outra lei para obedecer ao mandamento constitucional da aplicação da *lex mitior*, nada o impede de efetuar a combinação delas, com o que estaria mais profundamente seguindo o preceito da Carta Magna.

Não obstante ser mais comum a tese da impossibilidade da combinação, há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o Juiz pode aplicar o “todo” de uma ou de outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional. Este não estaria sendo obedecido se o juiz deixasse de aplicar a parcela benéfica da lei nova, porque impossível a combinação de leis.

Ex.:

A Lei n. 6.368, de 21-10-1976, descrevia em seu art. 12 o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, e cominava ao fato pena de reclusão, de 3 a 15 anos, e pagamento de multa de 50 a 360 dias-multa. A vigente Lei n. 11.343, de 23-8-2006, descrevendo o mesmo fato em seu art. 33, *caput*, pune-o com reclusão de 5 a 15 anos, e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa, mas permite que a pena seja reduzida de um sexto a dois terços, em seu § 4.º: “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. A pena prevista na lei atual é consideravelmente maior que a prevista na lei anterior, motivo pelo qual não se aplica a fatos anteriores à sua vigência. Já a causa de redução prevista no § 4.º, por ser norma benéfica, tem sido aplicada por parte da jurisprudência aos crimes cometidos antes da entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, incidindo o novo redutor sobre a pena de reclusão, de 3 a 15 anos, prevista no revogado art. 12 da Lei n. 6.368/76²³.

12. EFICÁCIA DAS LEIS PENAIIS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS. ULTRA-ATIVIDADE

a) Conceito

Leis penais temporárias, como foi dito, são aquelas que possuem vigência previamente fixada pelo legislador. Este determina que a lei terá vigência até certa data.

23. De ver que em nosso entendimento o redutor contido no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas não pode se aplicar à Lei n. 6.368/76, pois claramente vinculado aos limites de pena do *caput* do citado art. 33. Ver nosso *Lei Antidrogas anotada*.

Leis penais excepcionais são aquelas promulgadas em casos de calamidade pública, guerras, revoluções, cataclismos, epidemias etc.

b) Ultra-atividade das leis temporárias e excepcionais

As leis temporárias e excepcionais não derogam o princípio de reserva legal, pois não se aplicam a fatos ocorridos antes de sua vigência.

São, porém, *ultra-ativas*, no sentido de continuarem a ser aplicadas aos fatos praticados durante a sua vigência mesmo depois de sua autorrevogação.

O art. 3.º do CP cuida dessa espécie de leis, determinando:

“A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência”.

Assim, a lei excepcional é revogada pela cessação das “circunstâncias que a determinaram”. A temporária, pelo decurso do “período de sua duração”. Nos dois casos, temos autorrevogação da lei.

A expressão “decorrido o período de sua duração” se refere à lei temporária; e a “cessadas as circunstâncias que a determinaram”, à excepcional.

Embora autorrevogadas, aplicam-se aos fatos ocorridos “durante sua vigência”.

Ex.: Durante uma revolução, o legislador erige à categoria de crime “passar em determinada ponte”. A realiza a conduta punível e, no transcorrer do processo, termina a revolução. Ocorre autorrevogação da lei penal excepcional. O criminoso pode ser condenado? Sim, pois “a lei excepcional”, “embora” “cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência”. É ultra-ativa.

c) Fundamento

Qual a razão da ultra-atividade dessas leis?

Diz a Exposição de Motivos do CP de 1940 que “visa a impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido de retardamento dos processos penais” (n. 8).

O art. 3.º do CP não é inconstitucional em face do art. 5.º, XL, da Carta Magna, que prescreve a retroatividade benéfica? Vejamos.

Poderíamos pensar da seguinte forma:

Uma vez autorrevogada a lei excepcional ou temporária criadora de infrações, ressurge o ordenamento jurídico, que as não definia. A *lei nova*, que não considera infrações as condutas definidas nas leis excepcionais ou

temporárias, é a própria ordem *antiga* que, cessada a vigência das *normas passageiras*, revive a sua eficácia. Então, a antiga legislação renasce, tornando-se *lei posterior* e não descrevendo como infração as condutas definidas como ilícitos penais pelas leis temporárias ou excepcionais. Não estaríamos em face da *abolitio criminis*? A *lei posterior* (ordenamento jurídico renascido) não estaria deixando de considerar crime o fato descrito anteriormente como tal? Não seria de aplicar-se o disposto no *caput* do art. 2.º do CP (norma penal supressiva de incriminação)? Em caso contrário, não haveria desobediência ao princípio da não extra-atividade da *lex gravior*?

Não nos parece exato.

O princípio da retroatividade da lei mais favorável, não obstante constituir mandamento constitucional (Carta Magna, art. 5.º, XL), não é aplicável às leis temporárias e excepcionais, quer incriminem um fato *ex novo*, quer aumentem a punibilidade de fatos já definidos pela norma ordinária. Assim, o retorno da lei ordinária, passado o tempo de vigência da lei excepcional ou temporária, não significa que a conduta, *com o seu requisito cronológico*, deixa de ser crime ou de ser mais severamente punível.

A razão é evidente. Se o criminoso soubesse antecipadamente que estivessem essas leis destinadas a desaparecer após certo tempo, perdendo a sua *eficácia*, lançaria mão de todos os meios para iludir a sanção, principalmente quando iminente o término de sua vigência pelo decurso de seu período de duração ou de suas circunstâncias determinadoras. Quando é ab-rogada uma lei por outra, diz Roubier, “isto significa que os rigores da lei precedente desapareceram em consequência de mudança na concepção do Direito Penal pelo legislador, e essa modificação tem efeito imediato e atinge os processos em curso. Mas quando o legislador previu, antes, que a lei se aplicaria apenas em certo período de tempo, isto quer dizer que os rigores da lei temporária lhe pareceram necessários durante todo esse tempo; e então não se daria à lei temporária todo seu alcance, se sua eficácia estivesse dependendo do estado do processo do último dia de aplicação da lei; esta seria impunemente violada bem antes de ter fim sua eficácia temporal, e poder-se-ia paralisar sua aplicação retardando o processo”²⁴. Se a lei temporária não tivesse eficácia após o decurso do lapso temporal pré-fixado, todos os que tivessem desobedecido a sua norma nos últimos dias de vigência ficariam impunes, pois não haveria tempo para o processamento das ações penais antes da autorrevogação. Tal possibilidade criaria graves

24. *Les conflits des lois dans le temps*, v. 2, p. 579.

injustiças: uns seriam condenados, outros, não. Só seriam apenados os que tivessem praticado crimes em época bem anterior ao término de sua vigência. Por outro lado, restaria debilitada a eficácia intimidativa da lei.

Na verdade, o problema deve ser colocado sob o prisma da tipicidade, e não do direito intertemporal²⁵.

Em regra, as referências ao tempo da prática do crime não interessam à adequação do fato ao modelo legal. Assim, não muda o tipo do homicídio ter sido ele cometido de dia ou à noite. O tipo é uma abstração em que o legislador descreve os elementos indispensáveis à formação do conceito do crime. Às vezes, o tipo faz referência ao tempo da prática delituosa. Assim, no crime de infanticídio é necessário que a conduta de matar o próprio filho seja praticada pela mãe “durante o parto ou logo após” (CP, art. 123). Há roubo impróprio quando, “logo depois de subtraída a coisa”, o sujeito emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade da lesão patrimonial ou a detenção da coisa para si ou para terceiro (art. 157, § 1.º). Só há crime de “subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento”, “por ocasião de incêndio, inundação” ou naufrágio (art. 257). Nestes casos, o fator temporal é elementar do tipo penal.

Em determinados crimes, o elemento temporal funciona como circunstância de exasperação de pena ou, como dizem alguns, de maior punibilidade. Assim, na “violação de domicílio” a sanção é exacerbada se o fato é cometido “durante a noite” (art. 150, § 1.º, 1.ª figura). No furto, a pena é aumentada “de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno” (art. 155, § 1.º).

O mesmo ocorre nas leis temporárias ou excepcionais. Nelas, antes de apreciar a questão de direito intertemporal, que é secundária, temos de analisar o *tempo* como fator de punibilidade. A referência temporal é *elementar* da norma ou condição de maior punibilidade. O preceito sancionador se une ao preceito primário porque a conduta por este descrita foi cometida durante certo período, ou durante certa situação excepcional.

No infanticídio, desaparece o crime depois do período temporal “durante o parto ou logo após”?

No furto praticado durante o repouso noturno, é excluída a qualificadora quando o sol desponta?

25. A argumentação que se segue é de José Frederico Marques.

No abandono material, é excluída a conduta punível quando convalesce o ascendente ou descendente anteriormente desassistido?

Um pai pratica o crime previsto no art. 246 (abandono intelectual). Ficarão impunes quando o filho ultrapassar a “idade escolar”?

Suponha-se que o sujeito tenha subtraído, por ocasião de incêndio, aparelho destinado a serviço de combate ao perigo (CP, art. 257). Debelado o incêndio, responderá apenas por furto?

A resposta a essas questões só pode ser negativa.

Se o legislador impõe pena mais severa a quem pratica furto durante o repouso noturno, não é pelo decurso desse período que a qualificadora perde a sua tipificação. É evidente que ao furto cometido durante o dia não pode ela ser aplicada, pois ao fato típico não se aliou a circunstância temporal.

Deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho que ultrapassou a idade escolar não constitui abandono intelectual (art. 246). É que na conduta praticada pelo agente falta a elementar de natureza temporal, qual seja, a referente à “idade escolar” do sujeito passivo.

Se o fato *A* é crime, prelecionava Frederico Marques, “a circunstância temporal *B* a ele se acrescenta como circunstância qualificadora; se *A* não é crime, *B* lhe é adicionado como elemento constitutivo do tipo. Faltando *B*, ou o fato *A* será *crimen simplex* como se dá com a circunstância temporal ‘noite’, nos casos dos arts. 150, § 1.º, 155, § 1.º, ou o fato *A* deixa de constituir ato típico, como acontece com a ‘idade escolar’, no tocante ao delito de ‘abandono intelectual’”²⁶.

Não nos parece que em caso de não ser seguida a lei excepcional ou temporária por outra, renascido o ordenamento jurídico e não definindo este as condutas incriminadas por aquelas, possa ele ser considerado lei posterior para efeito da retroatividade benéfica. Quando a lei ordinária retoma o seu vigor após a extinção da vigência da lei excepcional ou temporária, não é mudada a *concepção jurídica* do fato. Este passa a ser lícito porque não mais estão presentes as condições temporais ou de fato exigidas por aquelas. Não se pode falar em exclusão da reação penal, mas sim em ausência de elementos do tipo. O mesmo se pode dizer quando a lei excepcional ou temporária impõe pena mais severa. Terminado o prazo de sua vigência e em vigor a lei ordinária menos severa, não há alteração do estado jurídico do fato, no sentido de tornar mais benigna a repressão penal, mas ausência das situações que justificavam a maior punibilidade.

26. Ob. cit., v. 1, p. 201 e 202.

É pura técnica legislativa. Em vez de o legislador determinar na lei ordinária quais as circunstâncias anormais criadoras de delitos ou de maior punibilidade (como acontece nas circunstâncias agravantes e qualificadoras), prefere, para o mesmo fim, que sejam elaboradas *leis intermitentes*, cada qual com vigência limitada à duração das situações anômalas²⁷.

Pode ser que à lei excepcional ou temporária não siga lei alguma. Neste caso, como vimos, não há mudança da *concepção jurídica do fato*, não é mudada a repressão penal. O ordenamento jurídico renascido (a lei ordinária) não pode ser considerado lei posterior, pois não há lei alguma mais benigna regulando o fato: a ordem jurídica é a mesma. Faltam apenas elementos típicos temporais exigidos pela lei intermitente. Se não há lei posterior, não há conflito intertemporal — não há duas leis em conflito. Não há questão de retroatividade benéfica, pois inexistente o que retroagir. O problema é de ultra-atividade.

E se à lei temporária ou excepcional, cessada a vigência, seguir-se outra mais benigna? Deverá a posterior ser aplicada aos fatos ocorridos na vigência daquelas?

Não. Nem se pode falar em *lex mitior*, pois as circunstâncias modais dos tipos são diferentes.

A adoção da retroprojeção benéfica, ainda na hipótese de suceder à lei excepcional ou temporária uma norma ordinária, criaria os seguintes inconvenientes de ordem prática:

1.º) seria inútil que a lei excepcional ou temporária impusesse sanção por lapso superior ao de sua passageira vigência;

2.º) se dois cidadãos cometessem, na mesma data, fato idêntico somente definido pela lei excepcional ou temporária, poderia ocorrer que, pela desigualdade de celeridade das ações criminais, um deles viesse a ser condenado (até o término da vigência da lei) e o outro ficasse impune;

3.º) no mesmo caso, se um dos agentes fosse preso antes do término da vigência da lei, e o outro não, o primeiro sofreria a pena, enquanto o outro ficaria em paz;

4.º) os violadores da lei excepcional ou temporária, nos últimos dias de sua vigência, estariam *ab initio* imunes à repressão penal ou à maior punibilidade;

27. Nélson Hungria, ob. cit., 1977, v. 1, t. 1, p. 141 e 142.

5.º) quando fosse curto o prazo de vigência da lei que incriminasse *ex novo* uma conduta, não se poderia falar em extinção da pretensão punitiva pela prescrição, pois antes sempre ocorreria a *abolitio criminis*²⁸.

Ocorrerá, porém, a retroatividade benéfica, quando a lei excepcional ou temporária posterior abranger não somente o comportamento descrito pela figura típica antiga, mas também as circunstâncias anormais que o tornaram punível ou merecedor de maior punibilidade.

Compreendido o problema como sendo de tipicidade e não de direito intertemporal, conclui-se não ser inconstitucional o art. 3.º do CP.

13. NORMAS PENAIS EM BRANCO E DIREITO INTERTEMPORAL

Normas penais em branco, já vimos, são as de definição típica integrada por outra norma. Modificada esta, favorecendo o sujeito, deve retroagir?

Ex.: A vende mercadoria por preço superior ao tabelado, praticando crime contra a economia popular. No transcorrer do processo uma nova tabela aumenta o preço da mercadoria, elevando o seu custo além do recebido por ele. Suponha-se que a tabela tivesse fixado o preço de R\$ 100,00 pelo produto, tendo cobrado R\$ 150,00 por ele, e a nova tabela o elevasse a R\$ 200,00. Modificado o *complemento* da norma penal em branco, de molde a favorecer o vendedor processado, deve a norma retroagir nos termos do princípio da *abolitio criminis*? A nova tabela constante de portaria não estaria deixando de considerar crime o fato praticado pelo agente? Observa-se que, em face do novo complemento, vender a referida mercadoria por R\$ 150,00 não constitui crime.

No Brasil, pronunciava-se a favor da retroatividade benéfica Basileu Garcia. Nélson Hungria, Magalhães Noronha e Frederico Marques apoiavam a tese contrária.

Pronunciamo-nos pela irretroatividade.

A nosso ver, a seguinte lição de Soler resolve a questão: só tem influência a variação da norma complementar na lei de “tipicidade carecedora de complemento” (norma penal em branco) quando importe em real modificação da *figura abstrata do Direito Penal* (como disse Mayer), e não quando importe a mera modificação de circunstância que, na realidade, deixa subsistente a norma. Assim, a circunstância de que uma norma retire de determinada moeda a sua natureza nenhuma influência tem sobre

28. Inconvenientes alinhados por Nélson Hungria, ob. cit., p. 144.

as decisões condenatórias existentes em consequência de falsificação de moeda, pois não houve variação quanto ao objeto abstrato da proteção penal. A norma penal permanece a mesma²⁹. De acordo com a lição, para que a retroatividade benéfica se produzisse, p. ex., no crime previsto no art. 173 do CP (“abuso de incapazes”), seria preciso que a menoridade civil fosse alterada: modificada esta, alterada estaria a idade do “menor” a que faz referência a figura abstrata (exemplo e argumento de José Frederico Marques).

No caso do “tabelamento de preços”, modificado este, permanece invariável a norma penal, pois não ocorre alteração do objeto abstrato de sua proteção legal. Suponha-se a retroatividade de uma norma de trânsito colocada em vigor para permitir a circulação e tráfego de veículos, determinando que o trânsito à direita passasse a ser contramão e, à esquerda, a mão de direção. Seria de absolver o agente condenado por causar um acidente dirigindo o seu veículo na contramão? Não seria absurda a adoção da *abolitio criminis* a esse caso?³⁰.

As circunstâncias posteriores, fáticas e secundárias, não atingem a configuração da infração. Assim, se uma *casa* deixa de ter essa qualidade típica para se transformar em *hospedaria*, as “violações” nela praticadas anteriormente não deixam de constituir crime. Se um cidadão fraudar o uso de privilégio de invenção concedido a outrem, a passagem da patente ao domínio público não altera a proteção legal e, assim, não desincrimina a conduta precedente.

No caso do trânsito a lei não pune o cidadão porque causou o acidente trafegando o seu veículo à esquerda, mas sim porque foi imprudente dirigindo-o na contramão de direção.

Na questão do tabelamento a lei não sanciona o cidadão porque vendeu a mercadoria pelo preço *X* ou *Y*, mas porque a vendeu por preço superior ao tabelado, seja *X*, *Y* ou *Z*. A conduta punível é a cobrança de preço abusivo, além dos limites fixados pela autoridade competente, em face de determinada situação econômica.

E quando ocorre não alteração da tabela, mas sua supressão?

Não há retroatividade. As tabelas de preços, dizia Queiroz Filho, estão “sujeitas a contínuas alterações. Atendem a circunstâncias excepcionais e

29. Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 1, p. 192 e 193. V. Magalhães Noronha, ob. cit., 1980, v. 1, p. 90.

30. V. José Frederico Marques, ob. cit., p. 207.

correspondem às exigências do instante. E, por isso, o preço abusivo liga-se ao momento em que é cobrado. E se a tabela — complemento da lei — é lei, trata-se então de uma lei temporária e excepcional. E esta aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência, mesmo depois de cessadas as circunstâncias que a determinaram, consoante expressamente estabelece o art. 3.º do nosso estatuto penal”³¹.

Analizando a norma penal em branco, chegamos à conclusão de ser constituída de duas partes:

- 1.ª) em parte é uma lei com vigência comum;
- 2.ª) na outra deve ser atendida a excepcionalidade ou temporariedade.

A primeira é a disposição a ser completada; a segunda é o complemento. A primeira não possui excepcionalidade ou temporariedade; a segunda pode ter aqueles caracteres que lhe dão ultra-atividade.

Assim, revogado o art. 269 do CP, que contém uma norma penal em branco, não se pode falar em ultra-atividade em relação aos fatos praticados durante a sua vigência. É que a conduta deixa de ser considerada ilícita, e a norma, que é em branco, nada tem de temporária ou excepcional. Entretanto, pode acontecer que a doença não denunciada pelo médico seja retirada do elenco complementar, deixando de ser de notificação compulsória. Neste caso, duas hipóteses podem ocorrer:

1.ª) se a doença constava do elenco por motivo de temporariedade ou excepcionalidade, o caso é de ultra-atividade;

2.ª) se a doença fazia parte do elenco complementar por motivo que não excepcional, o caso é de retroatividade.

No exemplo formulado por Basileu Garcia³², do médico que não faz comunicação de moléstia legalmente considerada contagiosa, que depois se veri-

31. Parecer, *RT*, 192:563. V. A. Queiroz Filho, *Lições de direito penal*, Revista dos Tribunais, 1966, p. 102, nota 83.

32. “Figure-se, ainda, após instaurar-se processo contra um médico, por omissão de denúncia de doença tida como contagiosa, a contramarcha dos responsáveis pela saúde pública, dando como certo que o mal, antes temido, não é suscetível de contágio. Haveria de continuar-se a punir o acusado?” (*Instituições de direito penal*, 1980, v. 1, t. 1, p. 168). José Frederico Marques, cuidando de analisar o exemplo, dizia: “Todavia, desde que não se exija ‘sistema harmônico’, a retroatividade poderia funcionar. Ou, então, estaríamos em face de um ‘erro de fato’, análogo, p. ex., ao de um diagnóstico grosseiramente errado que desse margem a condenação no crime do art. 244 do CP” (ob. cit., p. 208, nota 21).

fica não possuir tal característica, é de aceitar-se a retroatividade. E o motivo da aceitação reside na circunstância de que a obrigatoriedade da notificação não se fundou na temporariedade ou excepcionalidade. Se tivesse sido colocada a doença no elenco complementar por causa de uma calamidade pública, como uma epidemia, a solução seria no sentido da ultra-atividade.

O art. 3.º do CP não é, pois, inconstitucional. Ao contrário, a sua juridicidade é ponto pacífico na Doutrina.

14. DO TEMPO DO CRIME

a) Conceito

A análise do âmbito temporal de aplicação da lei penal necessita da fixação do momento em que se considera o delito cometido (*tempus commissi delicti*).

A determinação do tempo em que se reputa praticado o delito tem relevância jurídica não somente para fixar a lei que o vai reger, mas também para fixar a imputabilidade do sujeito etc. A questão apresenta interesse no caso em que, após realizada a atividade executiva do delito e antes de produzido o resultado, surge nova lei alterando a legislação sobre a conduta punível: qual a lei a ser aplicada, a do tempo da atividade ou a em vigor por ocasião da produção do resultado? Além disso, é preciso fixar o momento da prática do delito para efeitos de apreciação de seus elementos subjetivos, circunstâncias, prescrição, anistia etc.

b) Teorias

Existem várias teorias a respeito. As principais são as seguintes:

- 1.ª) teoria da atividade;
- 2.ª) teoria do resultado;
- 3.ª) teoria mista.

Segundo a *teoria da atividade*, atende-se ao momento da prática da ação (ação ou omissão). No crime de estelionato, em princípio, aplica-se a lei vigente quando o agente induz ou mantém alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento (ação), prescindindo-se da análise da norma em vigor quando obtém a vantagem ilícita em prejuízo alheio (resultado duplo).

Em face da *teoria do resultado* (*do evento, ou do efeito*), considera-se *tempus delicti* o momento da produção do resultado. No homicídio, tempo do crime é o de seu resultado (morte), e não o da prática dos atos executórios (ação).

De acordo com a *teoria mista* (ou da ubiquidade), *tempus delicti* é, indiferentemente, o momento da ação ou do resultado. No homicídio, é tanto o tempo da prática da ação quanto o da produção do evento morte.

O CP adotou a teoria da atividade: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado” (art. 4.º). Seguiu recomendação da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina (art. 7.º). Foi também a teoria adotada pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 63 da Lei n. 9.099, de 26-9-1995).

Realmente, é no momento da conduta que o sujeito manifesta a sua vontade, inobservando o preceito proibitivo e, assim, rebelando-se contra a norma que caracteriza o ilícito penal. A lei penal atua sobre a vontade de seus destinatários, e é justamente no momento da prática delituosa (ação, conduta) que o sujeito demonstra a vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo (dolo), sobre que recai o juízo de censurabilidade (culpabilidade normativa).

Não é de aceitar-se a *teoria do evento*, principalmente quando a ação ocorre antes de entrar em vigor uma lei que define um crime *ex novo* e o resultado se produz no período de sua vigência. Se a conduta é lícita perante o ordenamento jurídico, lícito é o resultado, ainda que ocorra sob a eficácia da lei nova que define o fato (conduta e evento) como crime. Mesmo que a ação ocorra durante o lapso da *vacatio* e o resultado após a entrada da lei em vigor, a solução é a mesma: o *fato* se considera cometido ao tempo da lei antiga, que não o considerava crime, aplicando-se o princípio de reserva legal.

A teoria mista também não pode ser acolhida, pois não é lógico considerar-se um fato cometido sob a eficácia de duas leis diferentes, ao mesmo tempo.

c) Questões

Um rapaz, dias antes de completar 18 anos, desfere golpes na vítima, que vem a falecer dias depois de ele completar a maioridade penal. O rapaz não responde por homicídio. Em face do que dispõe o art. 27, combinado com a disposição do art. 26, *caput* (presunção absoluta de inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto), o homicídio foi cometido antes de ele alcançar a maioridade penal (tempo da ação — teoria da atividade).

Um sujeito, sendo imputável, envia uma máquina infernal cujo resultado se produz depois de tornar-se inimputável por doença mental. A questão é diferente da anterior, pois ele responde pelo crime. Este foi cometido quando era imputável. A respeito, determina o CPP: “Se se verificar que a

doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça... O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado. O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado...” (art. 152 e seus parágrafos).

A questão do tempo do crime deve ser considerada em relação à conduta do autor, de forma que as situações posteriores são indiferentes. Como dizia Soler, “si el autor era imputable y culpable el actuar, los momentos ulteriores no alteran la situación. Si no era culpable en él aquel momento, salvo la responsabilidad por comisión de omisión, basada en el acto anterior, el *dolo subsequens* no es eficaz”³³.

d) Aplicação da teoria da atividade a várias espécies de infrações

No crime permanente³⁴, em que o momento consumativo se alonga no tempo sob a dependência da vontade do sujeito ativo, se iniciado sob a eficácia de uma lei e prolongado sob outra, aplica-se esta, mesmo que mais severa. O fundamento de tal solução está em que a cada instante da *permanência* ocorre a intenção de o agente continuar a prática delituosa. Assim, é irrelevante tenha a conduta seu início sob o império da lei antiga, ou esta não incriminasse o fato, pois o dolo ocorre durante a eficácia da lei nova: presente está a intenção de o agente infringir a nova norma durante a vigência de seu comando (o mesmo se diga do crime habitual).

Quanto ao crime continuado³⁵, podem ocorrer três hipóteses:

1.^a) o agente praticou a série de crimes sob o império de duas leis, sendo mais grave a posterior: aplica-se a lei nova, tendo em vista que o delinquente já estava advertido da maior gravidade da *sanctio juris* caso “continuasse” a conduta delituosa;

2.^a) se se cuida de *novatio legis* incriminadora, constituem indiferente penal os fatos praticados antes de sua entrada em vigor; o agente responde pelos fatos cometidos sob a sua vigência a título de crime continuado, se presentes os seus requisitos;

33. *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 1, p. 198.

34. Crime permanente é aquele em que o fato que o constitui causa uma situação perigosa ou danosa que se alonga no tempo. Ex.: crimes de sequestro, cárcere privado, redução a condição análoga à de escravo, rapto, quadrilha ou bando etc. Possui duas características: 1.^a) o estado de perigo ou de dano causado pela conduta tem caráter de continuidade; 2.^a) o prolongamento da consumação se deve à vontade do agente. Este, em qualquer momento da consumação prolongada, pode cessar a prática do crime.

35. O crime continuado está definido no art. 71 do CP.

3.^a) se se trata de *novatio legis* supressiva de incriminação, a lei nova retroage, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência. Quanto aos fatores posteriores, de aplicar-se o princípio de reserva legal.

De ver que o STF sumulou a matéria, estabelecendo que: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência” (Súmula 711).

Nos crimes de estado, como o de bigamia (CP, art. 235), o *tempus delicti* é aquele em que surge esse estado.

No concurso de crimes cometidos parte sob a lei antiga e parte sob a nova, aplica-se a norma que determina o princípio da exasperação, e não a que prescreve a acumulação material de penas³⁶.

e) Medidas de segurança e direito intertemporal

O princípio da legalidade também vige em relação às medidas de segurança. O magistrado não as pode aplicar sem que se encontrem determinadas pelas leis. Não existem fora da norma.

E quanto ao princípio da anterioridade da lei penal?

A expressão *nulla poena sine lege* significa que não há imposição de pena sem lei que a comine, anterior à prática do crime. Quanto às medidas de segurança, porém, é exigida a anterioridade da lei? Em relação a elas vige o princípio da aplicação imediata da *lex nova*?

Determinando o princípio regulador, rezava o art. 75 do estatuto repressivo de 1940: “As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”. Disposição idêntica, porém, não se encontra na nova Parte Geral do CP, pelo que é razoável a interpretação de que, no sistema da reforma penal, a medida de segurança rege-se também pelo princípio da anterioridade da lei.

15. CONFLITO APARENTE DE NORMAS

a) Conceito

A ordem jurídica, constituída de distintas disposições, é ordenada e harmônica. Algumas leis são independentes entre si, outras se coordenam, de forma que se integram ou se excluem reciprocamente. Não raro, precisa

36. Manzini, ob. cit., p. 440.

o intérprete resolver qual das normas do ordenamento jurídico é a aplicável ao caso.

Às vezes, duas ou mais normas parecem regular o mesmo fato.

Ex.: A mata B para furtar seus valores. Em que norma incriminadora se ajusta a conduta?

Em princípio, o fato subsume-se à norma do art. 121, § 2.º, V, 1.ª figura (homicídio qualificado pela conexão teleológica), que reza:

“Se o homicídio é cometido:

.....

V — para assegurar a execução... de outro crime.

Pena — reclusão, de doze a trinta anos”.

O agente pratica o homicídio para assegurar a execução da subtração patrimonial.

De ver-se, porém, que o mesmo fato se amolda à figura típica do latrocínio, prevista no § 3.º, última figura, do art. 157. O *caput* do artigo reza: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. O § 3.º determina: “Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além de multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa”.

O agente que subtrai coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante violência, de que resulta morte, pratica latrocínio.

Como se nota, em princípio há duas normas incriminadoras descrevendo o mesmo fato. Qual delas é aplicável?

Neste caso, surge o que se denomina *conflito aparente de normas penais*, também chamado *concurso aparente de normas*, *concurso aparente de normas coexistentes*, *conflito aparente de disposições penais*, *concurso fictício de leis*, *concorrência imprópria*, *concurso ideal impróprio* e *concurso impróprio de normas*. As denominações são inadequadas, pois não há conflito ou concurso de disposições penais, mas exclusividade de aplicação de uma norma a um fato, ficando excluída outra em que também se enquadra³⁷.

37. Grispiigni, *Diritto penale italiano*, 1950, v. 1, p. 415, n. 153.

Além das regras com respeito à eficácia da lei penal no tempo, outras há, disciplinando as relações entre as diversas disposições penais, quando ocorre a questão de saber qual norma repressiva tem exclusividade de aplicação.

A primeira tarefa do intérprete é verificar se entre as leis concorrentes há sucessão temporal. Em caso positivo, não há um “concurso aparente de normas”, mas um conflito intertemporal a ser solucionado pelo princípio *Lex posterior derogat priori*, em face das regras de direito transitório.

Não havendo um conflito de leis penais no tempo, a questão é de sub-sunção do fato ao tipo, tornando-se imprescindível a verificação de como se relacionam e se organizam as várias figuras típicas e os dispositivos de natureza jurídica genérica, segundo uma ordem hierárquica, de modo que uns excluam os outros.

O problema apresenta enorme relevância prática porque, quando aparece, tratando-se de concorrência de preceitos primários das normas incriminadoras, a solução irá ligar o agente a uma ou a diversas *sanctiones juris*, e as penas nem sempre são iguais, qualitativa e quantitativamente.

A questão é de aplicação da lei penal, embora a maioria dos autores a situe no campo do concurso de crimes, mais por motivos de natureza prática do que sistemática.

O assunto não se confunde com o concurso de crimes. Neste existe concorrência real de normas: há violação de várias normas ou violação sucessiva da mesma lei repressiva. Assim ocorre no concurso material, formal e crime continuado. Da mesma forma, na *aberratio ictus* e na *aberratio delicti*, quando advém o resultado pretendido.

São dois os pressupostos da concorrência de normas:

1.º) unidade de fato;

2.º) pluralidade de normas identificando o mesmo fato como delituoso.

Inexistindo um deles não há “conflito aparente de normas”.

Conforme vimos, ocorre quando a conduta parece subsumir-se em diversas normas penais incriminadoras.

Diz-se *aparente* porque só seria *real* se a ordem jurídica não resolvesse a questão.

Quando há pluralidade de fatos não se fala em concurso aparente de normas, pois a questão é de concurso material de crimes. Quando há unidade de fato e emulação de normas incriminadoras *contemporâneas*, ou a conduta, violando vários bens jurídicos, pode ser fragmentada, apresentando-se um *concurso formal de crimes*, não se podendo falar em colisão, pois têm aplicação simultânea; ou a prática delituosa única se amolda a várias

normas repressivas, mas estas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável. Nesta última hipótese é que existe o conflito aparente de normas.

b) Princípios para a solução dos conflitos aparentes de normas

São três os princípios que resolvem os conflitos aparentes de normas:

- 1.º) princípio da especialidade;
- 2.º) princípio da subsidiariedade;
- 3.º) princípio da consunção.

Alguns autores incluem, ainda, um quarto princípio: o da alternatividade.

c) Princípio da especialidade

Diz-se que uma norma penal incriminadora é especial em relação a outra, *geral*, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta, e mais alguns, de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*, apresentando, por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade. A norma especial, ou seja, a que acresce elemento próprio à descrição legal do crime previsto na geral, prefere a esta: *lex specialis derogat generali; semper specialia generalibus insunt; generi per speciem derogantur*.

Afasta-se, dessa forma, o *bis in idem*, pois o comportamento do sujeito só é enquadrado na norma incriminadora *especial*, embora também descrito pela geral.

Nestes casos, há um *typus specialis*, contendo um “crime específico”, e um *typus generalis*, descrevendo um “crime genérico”. Aquele prefere a este.

As duas disposições (especial e geral) podem estar contidas na mesma lei ou em leis distintas; podem ter sido postas em vigor ao mesmo tempo ou em ocasiões diversas. É preciso, porém, na relação de generalidade e especialidade entre normas, que sejam *contemporâneas*, o que pode deixar de ocorrer na *consunção*.

Além disso, o princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto os outros exigem um confronto *em concreto* das leis que descrevem o mesmo fato.

Ocorre a relação da generalidade e especialidade em certos delitos *sui generis*, considerados especiais em função de maior ou menor punibilidade

ou em relação a determinadas disposições que contêm formas típicas qualificadas ou privilegiadas, em comparação com o *typus simplex*.

Assim, a norma que define o *infanticídio* é especial em relação à que descreve o *homicídio*, que é geral. O tipo do *infanticídio* contém os elementos da figura típica do *homicídio* e mais alguns (“sob a influência do estado puerperal”, “o próprio filho”, “durante o parto ou logo após”), que são considerados especializantes.

No caso do *latrocínio*, exposto anteriormente, a figura típica qualificada prevista no art. 157, § 3.º, *in fine*, é especial em face da norma incriminadora do *homicídio* qualificado pela conexão teleológica (art. 121, § 2.º, V). A norma *genérica* faz referência a “outro crime”, *i. e.*, delito indeterminado e sem especificação, enquanto o art. 157, § 3.º, *in fine*, contém um *crime específico*: morte para subtrair, encarando a hipótese única de *homicídio* e furto.

O *tipo fundamental* é excluído pelo *qualificado* ou *privilegiado*, que deriva daquele. Nesses termos, o *furto simples* (art. 155, *caput*) é excluído pelo *privilegiado* (art. 155, § 2.º); o *estelionato simples* (art. 171, *caput*) é excluído pelo *qualificado* (art. 171, § 3.º) etc.

Qual a solução se o agente comete *homicídio* com emprego de asfixia (art. 121, § 2.º, III, 4.ª figura), impelido por motivos de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 121, § 1.º)? Responde por *homicídio privilegiado*, *qualificado*, ou *qualificado-privilegiado*?

O conflito ocorre entre circunstâncias legais específicas, *i. e.*, entre normas especiais.

As circunstâncias legais específicas contidas na figura típica do *homicídio privilegiado* são de natureza subjetiva. Na do *homicídio qualificado*, algumas são objetivas (incs. III e IV, salvo a crueldade), outras, subjetivas (incs. I, II e V). Ora, nos termos do art. 67 do CP, “no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime...”. O legislador, conferindo primazia às subjetivas e falando em “concurso”, permite o exame em conjunto das circunstâncias, sendo possível estabelecer-se equilíbrio ou a predominância de umas sobre outras. Se é possível a preponderância de uma sobre outra, nada obsta que tenham aplicação conjunta, atenuando a circunstância subjetiva o rigorismo sancionador da qualificadora objetiva. Assim, o privilégio não pode concorrer com as qualificadoras de caráter subjetivo. Não se compreende *homicídio* cometido por motivo fútil e, ao mesmo tempo, de relevante

valor moral. Os móveis subjetivos determinantes são antagônicos. Mas o privilégio pode coexistir com as qualificadoras objetivas. Admite-se homicídio eutanásico mediante veneno. A circunstância do relevante valor moral (subjetiva) não repele o elemento exasperador objetivo. O mesmo se diga do fato de alguém matar de emboscada e impelido por esse motivo.

A objeção de constituir absurdo a existência de homicídio qualificado-privilegiado não tem consistência, uma vez que o próprio Código reconhece a lesão corporal qualificada-privilegiada (art. 129, § 4.º), como também o furto qualificado-privilegiado (art. 155, §§ 1.º e 2.º).

A situação topográfica dos parágrafos não resolve a questão, já que a jurisprudência tem aceito existir furto qualificado-privilegiado (art. 155, § 4.º, c/c o § 2.º).

Se bem que se trata de tipos contendo circunstâncias específicas, comparando as do homicídio privilegiado com as de natureza objetiva do qualificado, com as quais não exista incompatibilidade, vemos que as primeiras são mais *especiais*, pois são subjetivas, e o Código confere maior relevância a estas (art. 67).

O disposto no art. 12 do CP tem fundamento no princípio da especialidade³⁸. Tal dispositivo, entretanto, refere-se às *regras do Código* e das normas extravagantes, atribuindo prevalência a estas, se diversas das determinadas pelo estatuto codificado. Dessa forma, se a lei especial, incriminando certos fatos, ou considerando determinadas figuras típicas sob ângulo diferente, ditar preceitos particulares para a sua própria aplicação, em contraposição às normas do Código, o conflito apenas aparente de normas será resolvido pelo princípio da especialidade.

d) Princípio da subsidiariedade

Há relação de primariedade e subsidiariedade entre normas quando descrevem graus de violação do mesmo bem jurídico, de forma que a infração definida pela subsidiária, de menor gravidade que a da principal, é absorvida por esta: *Lex primaria derogat legi subsidiariae*.

A infração definida pela norma subsidiária, “soldado de reserva” (expressão de Nélson Hungria), não é só de menor gravidade que a da principal, mas dela se diferencia em relação à maneira de execução, pois é uma parte desta. A figura típica subsidiária está contida na principal. Assim, a figura

38. Art. 12. “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

típica do crime de ameaça (art. 147) está incluída no tipo de constrangimento ilegal (art. 146).

Dáí resulta que a conduta punível deve ser analisada em concreto para que se determine o preceito legal em que se enquadra. A aplicabilidade “da norma subsidiária e a inaplicabilidade da principal”, se for o caso, “não resultam da relação lógica e abstrata de uma com a outra, mas do juízo de valor do fato em face delas”³⁹.

A subsidiariedade pode ser:

- a) expressa ou explícita;
- b) tácita ou implícita.

Ocorre a subsidiariedade expressa (ou explícita) quando a norma, em seu próprio texto, subordina a sua aplicação à não aplicação de outra, de maior gravidade punitiva. Exs.:

1.º) O art. 132 do CP, após descrever em seu preceito primário o crime de “perigo para a vida ou saúde de outrem”, impõe no preceito secundário a pena de detenção, de três meses a um ano, “*se o fato não constitui crime mais grave*” [grifo nosso]. O legislador, de forma explícita, diz que a norma do art. 132 só é aplicável se o fato não constitui infração de maior gravidade, que pode ser tentativa de homicídio, perigo de contágio de moléstia grave, abandono de incapaz etc. (normas primárias).

2.º) O art. 129, § 3.º, define o crime de “lesão corporal seguida de morte”, com a seguinte proposição: “Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente *não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo*” [grifo nosso]. Impõe, *in abstracto*, a pena de reclusão, de quatro a doze anos. A norma é subsidiária, pois só é aplicável quando inexistente o dolo do homicídio. Presente este, aplica-se a norma do art. 121.

3.º) Art. 21 da LCP: preceito sancionador: “prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa”, “*se o fato não constitui crime*” [grifo nosso]. É inaplicável a norma contravencional quando das vias de fato resulta lesão corporal (crime).

4.º) Art. 29 da LCP: preceito secundário: “...se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública”.

5.º) Art. 46 da LCP: pena — multa, “se o fato não constitui infração penal mais grave”.

39. Oscar Stevenson, Concurso aparente de normas penais, in *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*, 1. ed., Forense, 1962, p. 39.

Podem ser citados, ainda, os casos dos arts. 238, 239, 240 e 307 do CP.

Há subsidiariedade implícita (ou tácita) quando uma figura típica funciona como elementar ou circunstância legal específica de outra, de maior gravidade punitiva, de forma que esta exclui a simultânea punição da primeira: *ubi major minor cessat*. Nesse caso, as elementares de um tipo penal estão contidas em outro, como *essentialia* ou circunstâncias qualificadoras. Diz-se implícita porque a norma subsidiária não determina, expressamente, a sua aplicação à não ocorrência da infração principal. Exs.:

1.º) O crime de *dano* (art. 163) é subsidiário do furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4.º, I). Os elementos típicos do dano funcionam como circunstância qualificadora do furto.

2.º) A *ameaça* (art. 147) é crime famulativo do *constrangimento ilegal* (art. 146). A ameaça funciona como elementar do constrangimento ilegal.

3.º) O constrangimento ilegal (art. 146) é subsidiário de todos os crimes que têm como meios executórios a *vis absoluta* e a *vis compulsiva* (violência física e grave ameaça), como o aborto de coacta (art. 126, parágrafo único), a violação de domicílio qualificada (art. 150, *caput*, e § 1.º), a extorsão (art. 158), o dano qualificado (art. 163, parágrafo único, I), o estupro (art. 213) etc.

4.º) A omissão de socorro (art. 135) funciona como qualificadora do homicídio culposo (art. 121, § 4.º). Quem culposamente atropela a vítima e não lhe presta socorro, causando-lhe a morte, não responde por dois crimes (homicídio culposo e omissão de socorro), mas por um só: homicídio culposo qualificado pela omissão de socorro.

Para Antolisei, “o pretendido princípio da subsidiariedade termina por conduzir na prática aos mesmos resultados da regra da especialidade e, por isso, deve considerar-se supérfluo”⁴⁰. De ver-se, porém, que na de especialidade os fatos descritos pelas normas genérica e especial estão entre si numa relação de gênero e espécie, o que não ocorre com a relação de subsidiariedade. Sob outro aspecto, se a *sanctio juris* da norma primária (sempre de maior punibilidade que a da figura típica famulativa) é excluída por qualquer circunstância, a pena do tipo subsidiário “pode apresentar-se como ‘soldado de reserva’ e aplicar-se pelo *residuum*”⁴¹.

40. Ob. cit., p. 116.

41. Nélson Hungria, ob. cit., 1977, p. 147.

e) Princípio da consunção: crime progressivo, crime complexo e progressão criminosa

1. Princípio da consunção

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. *Lex consumens derogat legi consumptae*.

O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbet minorem*. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de *minus a plus*, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fração a inteiro.

A conduta que se contém na norma consuntiva é de natureza complexional, uma vez que subentende, estruturalmente, espécies criminosas independentes, pois são primárias as leis que as descrevem⁴². Nessa relação situam-se as normas em círculos concêntricos, dos quais o maior se refere à norma consuntiva.

Na relação consuntiva não há o liame lógico que existe na da especialidade. A conclusão é alcançada não em decorrência da comparação entre as figuras típicas abstratas, mas sim pela configuração concreta do caso de que se trata⁴³.

Segundo Asúa, a consunção pode produzir-se:

a) quando as disposições se relacionam de imperfeição a perfeição (atos preparatórios puníveis, tentativa — consumação);

b) de auxílio a conduta direta (partícipe — autor);

c) de *minus a plus* (crimes progressivos);

d) de meio a fim (crimes complexos); e

e) de parte a todo (consunção de fatos anteriores e posteriores)⁴⁴.

42. Oscar Stevenson, art. e loc. cit., p. 40.

43. José Frederico Marques, ob. cit., p. 340.

44. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 2, p. 558.

Assim, entre o crime perfeito e o imperfeito há uma relação de absorção. Daí o crime consumado absorver a tentativa, e esta, o incriminado ato preparatório. Já era lição de Carrara: não obstante seja verdade “que uma tentativa pode ser em si mesma um delito punível quando não foi seguida pela consumação, é certo que, quando esta a seguiu, todos os atos executivos que a prepararam e a facilitaram se compenetraram com o delito consumado, e permanece delito único”⁴⁵.

Pode-se dizer o mesmo nos casos em que o legislador considera puníveis os atos preparatórios de um crime como atos executórios de outro.

O furto em casa habitada absorve a violação de domicílio.

O mesmo se diga em relação ao concurso de agentes, em que o partícipe, inicialmente tendo “sido de menor importância sua cooperação”, devendo sofrer pena atenuada (CP, art. 29, § 1.º), acaba por praticar atos diretos de execução do crime. Sua conduta inicial de menor ofensa é absorvida pela mais grave.

No conflito, os crimes se denominam:

- 1.º) crime consuntivo: o que absorve o de menor gravidade;
- 2.º) crime consunto: o absorvido.

2. Crime progressivo

O princípio da consunção tem elevada relevância jurídica no crime progressivo. Na absorção, segundo Bettiol, estamos necessariamente em face de uma ação, que, se é única em seu todo, aparece, no entanto, cindível em vários atos que se realizam sucessivamente e que violam, todos eles, uma norma da lei penal⁴⁶.

Existe crime progressivo quando o sujeito, para alcançar um resultado, passa por uma conduta inicial que produz um evento menos grave que aquele. O autor desenvolve fases sucessivas, cada uma constituindo um tipo de infração. Num crime, o comportamento descrito pelo núcleo do tipo é o resultado de condutas que se realizam através da passagem de uma figura criminal menos grave para outra de maior gravidade.

Assim, p. ex., o crime de homicídio pressupõe um resultado anterior, qual seja, a lesão corporal causadora da morte. Há um *minus* (lesão corporal) e um *plus* (morte). Esta absorve aquela e, em consequência, o crime de homicídio absorve o de lesão corporal (crime consuntivo e consumido).

O crime de dano absorve o de perigo.

45. *Programa*, § 517, nota.

46. *Diritto penale*, 1950, p. 451.

O crime de sequestro é absorvido pela redução de alguém a situação análoga à de escravo (arts. 148 e 149).

Nesses casos, não é aplicada a norma que descreve o comportamento menos grave, pela qual o sujeito passou até lesar o bem jurídico da figura típica de maior punibilidade.

3. Crime complexo

Segundo Asúa, o princípio da consunção é aplicável não só ao crime progressivo, mas também ao complexo.

Há crime complexo quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes (CP, art. 101).

Entendemos, porém, que os casos de crimes complexos se compreendem na relação de especialidade ou de subsidiariedade tácita, conforme a hipótese. Como dizia Maggiore, não há acordo unânime quanto à inclusão do crime complexo no regime jurídico da consunção⁴⁷.

4. Progressão criminosa

Por meio do princípio da consunção é que se resolve a questão da progressão criminosa.

As condutas absorvíveis, na relação consuntiva, podem ser classificadas em três grupos:

- 1.º) da progressão criminosa em sentido estrito;
- 2.º) do fato antecedente não punível;
- 3.º) do fato sucessivo não punível.

Essas hipóteses são de progressão criminosa, que se distingue do crime progressivo⁴⁸.

De acordo com a lição de Ranieri, há progressão criminosa quando um tipo, já realizado, ainda se concretiza através da prática sucessiva de outra figura típica em que se encontra implicada. Trata-se, dessa maneira, de conceito diverso e de maior amplitude que o do crime progressivo. E isto porque, se este advém de relação contida na estrutura interna da figura tí-

47. *Derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1954, trad. José Ortega Torres, v. 1, p. 246.

48. Sabatini impugna a teoria da progressão criminosa. Segundo ele, a progressão delitiva não difere da natureza jurídica do crime progressivo, sendo modo pelo qual este se realiza (*Istituzioni*, v. 1, p. 470 e 471). Oscar Stevenson apoia a impugnação (cf. art. e loc. cit., p. 42, nota 56, *in fine*).

pica, a progressão delitiva tem sua razão de ser na forma de concretização do tipo abstrato⁴⁹.

O crime progressivo pressupõe um só fato; a progressão criminosa, uma pluralidade de fatos cometidos de forma continuada. Sob o aspecto subjetivo do sujeito, existe no crime progressivo, desde o início, a vontade de cometer a infração de maior gravidade; na progressão criminosa a intenção inicial é praticar o delito menor, e só depois é que, no mesmo *iter criminis*, resolve ele cometer a infração mais grave⁵⁰.

Se a unidade de fato é requisito do conflito aparente de normas, como aplicar-se o princípio da consunção à progressão criminosa, que apresenta pluralidade de fatos?

A resposta é dada por Oscar Stevenson.

A unidade de fato possui duas formas:

1.ª) unidade simples;

2.ª) unidade complexa.

Na unidade simples existe um só comportamento. “A unidade complexa é a aglutinação de comportamentos distintos que a lei disciplina como um só comportamento. Pertencem a essa categoria genérica o delito complexo, ou composto, o coletivo, ou habitual, o progressivo e o continuado”⁵¹. Oscar Stevenson inclui a progressão criminosa no tema do delito progressivo⁵².

Ocorre a progressão criminosa em sentido estrito quando a hipótese que seria um crime progressivo se desvincula no tempo. Exs.: *A* quer, primeiramente, somente ferir, e, logo após lesar a integridade física da vítima, determina matar e a mata (o homicídio absorve a lesão corporal). *B* começa molestando uma pessoa (LCP, art. 65) e depois decide injuriá-la (CP, art. 140). A contravenção é absorvida pelo crime.

Verifica-se o *antefactum* não punível quando uma conduta menos grave precede a uma mais grave como meio necessário ou normal de realização. A primeira é consumida pela segunda, em face do princípio *id quod plerum-*

49. *Reato progressivo e progressione criminosa*, 1942, p. 59 e 60.

50. Aldo Moro, *Unità e pluralità di reati*, 1951, p. 105.

51. Concurso aparente de normas penais, in *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, Forense, 1962, p. 31 e 32, n. X e XI.

52. Art. e loc. cit., p. 42, n. XX e nota 56.

que accidit. Para Grispigni, exige-se que haja ofensa ao mesmo bem jurídico e pertença ao mesmo sujeito⁵³. Em consequência da absorção, o antefato torna-se um indiferente penal. É o que ocorre no caso de o sujeito ter em seu poder “instrumentos empregados usualmente na prática do crime de furto” (LCP, art. 25) e, em seguida, praticar uma subtração punível. O detentor de chaves falsas ou gazuas, que se serve desses meios para praticar um furto, responde somente pela subtração, em que fica consumida a contravenção.

Existe o *postfactum* impunível quando um fato posterior menos grave é praticado contra o mesmo bem jurídico e do mesmo sujeito, para a utilização de um fato antecedente e mais grave, e disso para deste tirar proveito, mas sem causar outra ofensa⁵⁴. Assim, se após o furto o ladrão destrói a coisa subtraída, só responde pelo *furtum rei*, e não também pelo dano (CP, art. 163). Neste caso, a lesão ao interesse jurídico causada pela conduta precedente torna indiferente o crime de dano.

f) Princípio da alternatividade: conceito e sua posição no tema

Segundo o princípio da alternatividade, a norma penal que prevê vários fatos alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo sujeito, sucessivamente⁵⁵. Ocorre nos crimes de ação múltipla ou conteúdo variado, como a participação em suicídio, o comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, o escrito ou objeto obsceno, a supressão de documentos etc. Assim, se o agente induz, instiga e depois auxilia alguém a suicidar-se, só responde por um crime: o de participação em suicídio (CP, art. 122). Aquele que importa, depois tem em depósito e vende substância entorpecente, sem autorização legal, só transgredir uma vez a norma do art.

53. *Diritto penale italiano*, v. 1, p. 420.

54. Sílvio Ranieri, *Diritto penale*; parte generale, 1945, p. 357. Maggiore admite apenas a consumação do antefato, impugnando a do *postfactum*, que, a seu ver, ou é um indiferente legal ou cria o concurso real de infrações (ob. cit., p. 247).

55. Entre os autores que o admitem, o princípio da alternatividade tem suscitado divergências quanto ao seu conteúdo. Assim, enquanto alguns o conceituam nos termos do texto (Nélson Hungria e José Frederico Marques), outros o afirmam existente quando duas disposições se repelem em face do mesmo fato (Magalhães Noronha e Oscar Stevenson), como no caso da infração patrimonial, que não poderá ser, simultaneamente, furto e apropriação indébita: ou a coisa foi entregue ao agente (apropriação indébita), ou ele a retirou *furtivamente*. Entendemos que esses casos são resolvidos pelos três princípios apontados.

33 da Lei n. 11.343, de 23-8-2006.

Nesses casos, não se pode falar em concurso ou conflito aparente de normas, uma vez que as condutas descritas pelos vários núcleos se encontram num só preceito primário.

Capítulo VIII

EFICÁCIA DA LEI PENAL NO ESPAÇO

1. DIREITO PENAL INTERNACIONAL. OS PRINCÍPIOS

A lei penal é elaborada para vigor dentro dos limites em que o Estado exerce a sua soberania. Como cada Estado possui sua própria soberania, surge o problema da delimitação espacial do âmbito de eficácia da legislação penal. Estamos em face do denominado Direito Penal Internacional, que se refere ao estudo do modo pelo qual um determinado ordenamento jurídico interno provê, com referência à matéria penal, a resolução dos problemas impostos ao Estado, do qual emana este ordenamento, em virtude de sua coexistência com outros Estados da comunidade internacional superior¹. O Direito Penal Internacional estabelece regras de determinação da lei aplicável em caso de a conduta punível lesar o ordenamento jurídico de mais de um Estado. Trata-se de Direito Público Interno, motivo por que tem recebido críticas a denominação. É direito de aplicação do Direito Penal, ou superdireito.

Bustamante distingue o Direito Penal Internacional do Direito Internacional Penal, que se refere à aplicação de penas aos Estados em consequência de práticas delituosas.

Não pertence ao Direito Internacional Privado nem ao Direito Internacional Público. Como ensina Donnedieu de Vabres, apresenta com o Direito Internacional Privado certa comunidade de origem, uma semelhança de método. Mas este supõe interesses particulares, ao passo que o Direito Penal Internacional põe em relação direta os indivíduos e o Estado.

1. Quadri, *Diritto penale internazionale*, Padova, 1943, apud Giuseppe Bettiol, *Diritto penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco; RT, 1:158, 1966.

Sem dúvida, está com o Direito Internacional Público numa comunicação constante. De ver-se, porém, que o Direito Internacional Público é um direito *internacional*, enquanto o Direito Penal Internacional é um direito *interno*².

A questão do âmbito de eficácia espacial da lei penal constitui matéria do Direito Penal Internacional.

Existem cinco princípios a respeito dessa matéria:

- 1.º) da territorialidade;
- 2.º) da nacionalidade;
- 3.º) da defesa;
- 4.º) da Justiça penal universal; e
- 5.º) da representação.

a) Princípio da territorialidade

Segundo o princípio territorial, a lei penal só tem aplicação no território do Estado que a determinou, sem atender à nacionalidade do sujeito ativo do delito ou do titular do bem jurídico lesado. É também denominado *princípio territorial exclusivo* ou *absoluto*, pois exclui a aplicação da lei penal de um país fora de seu território, segundo a regra *leges non obligant extra territorium*.

Tem por fundamento tríplice aspecto: processual, repressivo e internacional. Sob o prisma processual, enorme seria a dificuldade em processar-se um cidadão em país que não aquele em que foi praticado o delito. Por outro lado, a aplicação da sanção penal em lugar outro que não o do *locus delicti commissi* excluiria uma das funções da pena: a intimidativa. Por último, a função punitiva do Estado é legítima emanção de sua própria soberania. O monopólio do *jus puniendi*, que pertence ao Estado nos limites de seu território, exclui a interferência de outro, sendo tutelado o princípio de soberania. Este critério, no dizer de Bettiol, “é muito rígido”, constituindo “expressão, por parte do Estado, da consciência com as ordenações penais estrangeiras”³. Daí permitirem as legislações penais, adotando a territorialidade como princípio fundamental, o temperamento de seu rigor através da aplicação dos outros princípios.

b) Princípio da nacionalidade

2. *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, 1922, p. 4 e 5.

3. Ob. cit., p. 159.

De acordo com este princípio, também denominado da *personalidade*, a lei penal do Estado é aplicável a seus cidadãos onde quer que se encontrem. Assim, se um brasileiro praticar um crime no Uruguai, cairá o fato sob o império da lei penal de nosso país. O que importa é a nacionalidade do sujeito. É denominado da *personalidade* ou da *nacionalidade* porque o Estado entende *pessoal* a norma punitiva e a aplica ao *nacional*.

Fundamenta-se em que o cidadão deve obediência à lei de seu país, ainda que se encontre no estrangeiro: *quilibet est subditus legibus patriae suae et extra territorium*.

Divide-se em:

- a) princípio da nacionalidade ativa;
- b) princípio da personalidade passiva.

Para o primeiro, aplica-se a lei nacional ao cidadão que comete crime no estrangeiro independentemente da nacionalidade do sujeito passivo. O princípio da nacionalidade passiva exige que o fato praticado pelo nacional no estrangeiro atinja um bem jurídico de seu próprio Estado ou de um co-cidadão. Dessa forma, no exemplo formulado, o crime praticado no Uruguai por um brasileiro só seria punido pela nossa lei se atingisse bem jurídico do Brasil ou de outro brasileiro.

c) Princípio da defesa

É também chamado *princípio real*.

Leva em conta a nacionalidade do bem jurídico lesado pelo crime, independentemente do local de sua prática ou da nacionalidade do sujeito ativo. Assim, p. ex., seria de aplicar-se a lei brasileira a um fato criminoso cometido no estrangeiro, lesivo de interesse nacional, qualquer que fosse a nacionalidade de seu autor.

Modernamente, enorme é o prestígio de que vem tendo esse princípio, haja vista a necessidade dos Estados de proteger seus interesses que, amiúde, são lesados no estrangeiro.

d) Princípio da justiça penal universal

É também denominado princípio universal, da universalidade da justiça cosmopolita, da jurisdição mundial, da repressão universal e da universalidade do direito de punir.

Preconiza o poder de cada Estado de punir qualquer crime, seja qual for a nacionalidade do delinquente e da vítima, ou o local de sua prática.

Para a imposição da pena basta encontrar-se o criminoso dentro do território de um país.

e) Princípio da representação

Nos termos do sistema da representação, a lei penal de determinado país é também aplicável aos delitos cometidos em aeronaves e embarcações privadas, quando realizados no estrangeiro e aí não venham a ser julgados (esse princípio será apreciado no item da “extraterritorialidade”).

f) Princípios adotados pelo CP

O CP brasileiro adotou o princípio da territorialidade como regra; os outros, como exceção.

Princípios adotados pelo CP na eficácia espacial da lei penal	<div><div>1.º — territorialidade: art. 5.º (regra)</div><div>2.º — real ou de proteção: art. 7.º, I, e § 3.º</div><div>3.º — justiça universal: art. 7.º, II, <i>a</i></div><div>4.º — nacionalidade ativa: art. 7.º, II, <i>b</i></div><div>5.º — representação: art. 7.º, II, <i>c</i></div></div>
---	--

2. TERRITORIALIDADE

Reza o art. 5.º, *caput*, do CP: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”.

Por aí se vê que o Código adotou o princípio da territorialidade como regra sobre a eficácia espacial da lei penal, abrindo exceção no próprio corpo da disposição às estipulações das convenções, tratados ou regras de Direito Internacional. De manifesta evidência, pois, que a lei penal brasileira permite, em determinados casos, a eficácia da norma de outros países.

A indicação marginal do dispositivo fala em territorialidade e o texto, em território. Daí a conveniência de ser fixado o conceito de território.

O território pode ser considerado sob dois aspectos: *material* e *jurídico*. Sob o prisma *material*, recebe o nome de natural ou geográfico, compreendendo o espaço delimitado por fronteiras. Território *jurídico* abrange todo o espaço em que o Estado exerce a sua soberania. É o conceito que nos interessa. O território nacional pode ser definido como o espaço terrestre, marítimo ou aéreo, sujeito à soberania do Estado, quer seja compreendido entre os limites que o separam dos Estados vizinhos ou do mar livre, quer esteja destacado do corpo territorial principal, ou não (Manzini).

O território se compõe das seguintes partes:

- a) solo ocupado pela corporação política, sem solução de continuidade e com limites reconhecidos;
- b) regiões separadas do solo principal;
- c) rios, lagos e mares interiores;
- d) golfos, baías e portos;
- e) parte que o Direito Internacional atribui a cada Estado, sobre os mares, lagos e rios contíguos;
- f) a faixa de mar exterior, que corre ao longo da costa e constitui o “mar territorial”;
- g) espaço aéreo⁴; e
- h) navios e aeronaves, conforme circunstâncias a seguir indicadas.

Nenhuma dificuldade há quando se cuida do solo ocupado pela corporação política, sem solução de continuidade e com limites reconhecidos. Quando os limites são fixados por montanhas, dois critérios são determinados: o da linha das cumeadas e o do divisor das águas. No tratado de limites entre a Argentina e o Chile, de 1881, ficou estabelecido que “la línea fronteriza correrá en esa extensión por las cumbres más elevadas de dichas cordilleras que dividan las aguas y pasará por entre las vertientes que se desprenden a un lado y otro”. O critério do divisor das águas foi adotado entre a França e a Espanha (1659).

Quanto aos rios, podem ser nacionais ou internacionais. Os primeiros correm pelo território de um só Estado. Os segundos, os internacionais, podem ser simultâneos (contínuos) ou sucessivos (interiores). Rios internacionais simultâneos são os que separam os territórios de dois ou mais países (ex.: o Rio Guaporé, que separa o Brasil da Bolívia). Rios sucessivos são os que passam pelo território de dois ou mais países (ex.: Rio Solimões, que passa pelos territórios do Brasil e Peru).

Caso o rio internacional constitua limite entre países, algumas questões podem ser expostas. Se pertence a um dos Estados, a fronteira passará pela margem oposta. E se pertence aos dois Estados? Neste caso, há duas soluções: a) a divisa pode passar por uma linha determinada pela equidistância das margens, linha mediana do leito do rio; b) a divisa pode passar por uma linha que acompanhe a de maior profundidade da corrente (talvegue)⁵.

4. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, t. 1, p. 167.

5. Nélson Hungria, ob. cit., p. 168 e 169.

E se o rio é comum aos dois países? É indiviso, exercendo cada Estado soberania sobre ele.

E se o rio é sucessivo? Equipara-se ao mar territorial, exercendo cada Estado jurisdição sobre o trecho de seu território⁶.

Se o rio é nacional, nenhuma dificuldade apresenta a questão.

Não havendo disposição em contrário, o limite num lago ou lagoa, que separa dois ou mais Estados, é determinado pela linha da meia distância entre as margens.

O mar territorial, ou marginal, também faz parte do território.

Que se entende por mar territorial?

Levando-se em conta a natureza do oceano, o mar alto não pode ser considerado território de um só Estado. De ver-se, porém, que os fundamentos aduzidos quanto à liberdade da soberania dos Estados em relação ao mar alto não podem ser aplicados às partes de águas marítimas, que, banhando as costas de um Estado, constituem fronteiras naturais. Por isso, o mar litoral deve ser considerado parte do território dos Estados. Assim, em regra, os crimes praticados em águas territoriais de um Estado são considerados cometidos em seu território. Daí a necessidade de ser delimitado o mar territorial.

Atualmente, por força do disposto no art. 1.º da Lei n. 8.617, de 4-1-1993, o mar territorial do Brasil abrange uma faixa de 12 milhas marítimas de largura, medidas a partir do baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, adotada como referência nas cartas náuticas brasileiras.

Nos termos do Código, “para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar” (art. 5.º, § 1.º).

Os navios podem ser *públicos* ou *privados*. Navios públicos são os vasos de guerra, os em serviços militares, em serviços públicos (polícia marítima, alfândega etc.), e os postos a serviço de soberanos, chefes de Estado ou representantes diplomáticos. Navios privados são os mercantes, de recreio etc.

Quanto aos navios públicos, quer se encontrem em mar territorial nacional ou estrangeiro, quer se achem em alto-mar, são considerados parte de nos-

6. Magalhães Noronha, *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 96.

so território. Assim, é competente a nossa Justiça para apreciar os crimes neles praticados (CP, art. 5.º, § 1.º, 1.ª parte).

Com relação aos navios privados, quando em alto-mar, seguem a lei da bandeira que ostentam. Quando surtos em portos estrangeiros, ou em mares territoriais estrangeiros, seguem a lei do país em que se encontram (art. 5.º, § 1.º, 2.ª parte). Sobre o assunto, teceu Basileu Garcia as seguintes considerações: “Se alguém comete um crime em uma jangada, após naufrágio, ou nos destroços de um navio naufragado, a que lei fica adstrito? Se a jangada foi feita com os destroços do navio, segue-se a lei da nação a que pertence o navio. Aquele material de que foi construída a improvisada embarcação ainda representa o navio e, portanto, o Estado respectivo. Se a embarcação foi feita com destroços de dois navios — suponha-se o caso de abaloamento — opina-se que o delinquente fica submetido à lei do seu próprio Estado, aplicando-se o critério da personalidade”⁷.

Quanto aos navios estrangeiros em águas territoriais brasileiras, desde que públicos, não são considerados parte de nosso território. Em face disso, os crimes neles cometidos devem ser julgados de acordo com a lei da bandeira que ostentam. Se, entretanto, são de natureza privada, aplica-se nossa lei (CP, art. 5.º, § 2.º).

Onde deve ser processado o marinheiro que, pertencendo a navio público, desce em porto de outro Estado e pratica um crime? Se desceu a serviço do navio, fica sujeito à lei penal da bandeira por este ostentada. Se desceu por motivo particular, fica sujeito à lei local (Basileu Garcia).

E se alguém, cometendo um crime em terra, abriga-se em navio público surto em porto estrangeiro? Se o delito é de natureza política, não está o comandante obrigado a devolvê-lo à terra; se é de natureza comum, deve entregá-lo, mediante requisição do governo local⁸.

Quanto ao domínio aéreo, há três teorias:

- 1.ª) da absoluta liberdade do ar;
- 2.ª) da absoluta soberania do país subjacente;
- 3.ª) da soberania até a altura dos prédios mais elevados do país subjacente.

A segunda foi a adotada entre nós (CBA, Lei n. 7.565, de 19-12-1986, art. 11; Lei n. 8.617, de 4-1-1993, art. 2.º).

7. *Instituições de direito penal*, 5. ed., Max Limonad, 1980, v. 1, t. 1, p. 181.

8. Magalhães Noronha, ob. cit., p. 95.

As aeronaves podem ser públicas ou privadas, aplicando-se-lhes os mesmos princípios expostos quanto aos navios (CP, art. 5.º, §§ 1.º e 2.º). As aeronaves militares, bem como as civis de propriedade ou a serviço de nosso Estado, por ele diretamente utilizadas, são consideradas situadas em nosso território (CBA, art. 3.º, I). As de natureza privada são também consideradas situadas em nosso território quando em alto-mar ou região que não pertença a qualquer Estado (n. II).

3. LUGAR DO CRIME. TEORIAS

A determinação do lugar em que o crime se considera praticado (*locus commissi delicti*) é decisiva no tocante à competência penal internacional. Surge o problema quando o *iter* se desenrola em lugares diferentes. Assim, num crime de homicídio em que os atos executórios e o resultado morte ocorram em locais diversos. Cumpre ter em consideração a seguinte distinção: ou os lugares diferentes estão no mesmo país, ou em país diverso. Na primeira hipótese, a questão sobre a competência é solucionada pelo que se contém no art. 70, *caput*, do CPP: “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração”. Entretanto, posta a questão em termos internacionais, a solução não é assim tão fácil, uma vez que nem sempre coincidem as legislações penais *internas* a respeito da matéria.

Vejamos os seguintes exemplos: *a*) na fronteira Brasil-Bolívia um cidadão brasileiro, que se encontra em território nacional, atira em outro, em solo boliviano, vindo este a falecer; *b*) um francês, na Argentina, envia uma “máquina infernal” a um brasileiro, que se encontra no Rio de Janeiro, vindo o engenho a explodir e matar a vítima; *c*) um brasileiro atravessa a fronteira Brasil-Uruguai atirando num argentino, que vem a sofrer somente ferimentos. A quem cabe o *jus puniendi*? (os exemplos são de Néelson Hungria).

Para a solução do problema têm sido preconizadas três teorias principais:

- 1.ª) teoria da atividade;
- 2.ª) teoria do resultado;
- 3.ª) teoria da ubiquidade.

De acordo com a teoria da atividade ou da ação, é considerado lugar do crime aquele em que o agente desenvolveu a atividade criminosa, *i. e.*, onde praticou os atos executórios. Assim, se a vítima é ferida num determinado país e vem a morrer em outro, aquele é o competente para conhecer o fato (no primeiro exemplo, o Brasil).

Segundo a teoria do resultado, também conhecida por teoria do efeito ou do evento, *locus delicti* é o lugar da produção do resultado. No exemplo citado, competente para conhecer o homicídio seria o país em que se produziu o resultado morte, qual seja, a Bolívia.

Nos termos da teoria da ubiquidade, mista ou da unidade, lugar do crime é aquele em que se realizou qualquer dos momentos do *iter*, seja da prática dos atos executórios, seja da consumação. No exemplo, competentes seriam os dois países. É a teoria dominante da doutrina e das legislações penais.

O nosso Código adotou a teoria da ubiquidade, como se nota no art. 6.º: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou devia produzir-se o resultado”.

Assim, quando o crime tem início em território estrangeiro e se consuma no Brasil, é considerado praticado no Brasil. Nestes termos, aplica-se a lei penal brasileira ao fato de alguém, em território boliviano, atirar na vítima que se encontra em nosso território, vindo esta a falecer; como também ao caso de um estrangeiro expedir a pessoa que viva no Brasil um pacote de doces envenenados, ou uma carta injuriosa. Do mesmo modo, tem eficácia a lei penal nacional quando os atos executórios do crime são praticados em nosso território e o resultado se produz em país estrangeiro.

Basta que uma porção da conduta criminosa tenha ocorrido em nosso território para ser aplicada nossa lei. Daí as palavras de grande significação técnica de Nélson Hungria, com que expunha um critério de solução da questão: imprescindível é que “o crime haja *tocado* o território nacional”⁹.

Excetua-se, porém, os atos preparatórios e os posteriores à consumação, que não pertençam à figura típica.

O art. 6.º encara, inclusive, a hipótese da tentativa. Nesta, lugar da figura típica de ampliação temporal é não só aquele em que o sujeito desenvolveu a atividade executória como também onde “deveria produzir-se o resultado”.

O lugar do crime deve ser analisado objetivamente, nada tendo que ver com o elemento intenção. Alguns Códigos, porém, como o suíço e o polonês, quanto à tentativa, têm como lugar da infração o local diretivo da intenção do agente¹⁰. Era o princípio do Projeto Sá Pereira. Nosso Código, todavia, perfilhou orientação diversa.

9. Ob. cit., 1977, p. 164 e 165.

10. CP suíço, art. 7.º: “Une tentative est réputée commise tant au lieu où son auteur l’a faite; qu’au lieu où, d’après le dessin de l’auteur, le résultat devait se produire”.

Nos denominados *crimes a distância* é que apresenta relevância jurídica a adoção da teoria da ubiquidade.

Os crimes podem ser de *espaço mínimo* ou de *espaço máximo*, segundo se realizem ou não no mesmo lugar os atos executórios e o resultado. Na hipótese negativa, fala-se em *crimes a distância*. Assim, um crime executado na Argentina e consumado no Brasil¹¹. Sendo o crime um todo indivisível, basta que uma de suas características se tenha realizado em território nacional para a solução do problema dos crimes a distância. Mesmo que o fato seja punido no estrangeiro, *tocando* nosso território, incide sob a lei penal nacional. Tal rigorismo é atenuado pelo disposto no art. 8.º: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Quanto aos crimes a distância, a competência da autoridade judiciária brasileira é fixada pelos §§ 1.º e 2.º do art. 70 do CPP: “Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumir fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução” (§ 1.º).

“Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado” (§ 2.º).

Nos crimes complexos aplica-se a regra do art. 6.º mesmo que só o delito-meio tenha sido cometido em território brasileiro.

No concurso de pessoas, lugar do crime é tanto o dos atos de participação quanto o da produção do resultado.

No crime permanente e continuado é aplicável a lei nacional quando algum dos fatos constitutivos tenha sido praticado em nosso território, porque, na doutrina jurídica, em qualquer dessas formas criminosas, trata-se de delito unitário.

Com relação aos delitos habituais, lugar do crime é o de qualquer das condutas que pertencem ao tipo, pois este serve de liame entre os diversos atos¹².

Em se tratando de crimes conexos, não tem aplicação a teoria da ubiquidade, uma vez que não constituem fato unitário. Os casos apontados

11. Os *crimes a distância* se diferenciam dos *crimes em trânsito*. Estes ocorrem, p. ex., quando uma missiva injuriosa, enviada do país A, atravessa o país B, sendo entregue, no país C, a seu destinatário. A carta passa pelo país B em trânsito, sem lesar o seu ordenamento jurídico, não incidindo, pois, sob a eficácia de sua lei penal.

12. José Frederico Marques, *Da competência em matéria penal*, Saraiva, 1953, p. 93.

pelos autores são de coautoria e não de conexão. Assim, se o furto é cometido no estrangeiro, e a receptação, no Brasil, a competência nacional só abrange o segundo crime. Nestes termos, preceitua o art. 303 do Código Bustamante: “Se se trata de delitos conexos em territórios de mais de um Estado contratante, só ficará subordinado à lei de cada um o que for cometido no território”.

4. EXTRATERRITORIALIDADE

Vimos que, nos termos do art. 5.º do CP, o legislador penal brasileiro adotou o princípio da territorialidade como regra. Esse princípio, entretanto, sofre exceções no próprio corpo do dispositivo, ao ressaltar a possibilidade de renúncia de jurisdição do Estado, mediante “convenções, tratados e regras de direito internacional”. Como se vê, foi adotado o princípio da *territorialidade temperada*, permitindo-se a aplicação da lei penal estrangeira a delitos total ou parcialmente praticados em nosso território, quando assim determinarem tratados ou convenções celebrados entre o Brasil e outros Estados, ou cânones de direito internacional. Já se falou da redundância da disposição ao se cuidar de *convenções* e *tratados*. Todavia, como ensina Raul Pederneiras, “*tratado* é o ato pelo qual dois ou mais Estados estabelecem, modificam ou extinguem um vínculo jurídico. Difere da *convenção*, não política, por sua forma mais solene e por abranger questões menos genéricas”¹³.

O art. 7.º prevê uma série de casos em que a lei penal brasileira tem aplicação a delitos praticados no estrangeiro:

“Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I — os crimes:

a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;

b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;

c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II — os crimes:

13. Ob. cit., p. 221.

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados”.

Esse artigo, de forma expressa, permite a aplicação de outros princípios. Assim, certos crimes praticados no estrangeiro sofrem a eficácia da lei nacional. É a extraterritorialidade da lei penal brasileira.

No art. 7.º, I, *a*, *b* e *c*, foi adotado o princípio real ou de proteção; na alínea *d*, o princípio da justiça universal. No inciso II, *a*, adotou-se o princípio da justiça universal ou cosmopolita; na alínea *b*, o princípio da personalidade ativa; na *c*, o da representação.

Reza o § 3.º do art. 7.º que “a lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil”, se reunidas certas condições. Nesse dispositivo, temos a adoção do princípio de proteção ou real.

A extraterritorialidade excepcional pode ser:

- a) incondicionada;
- b) condicionada.

A extraterritorialidade excepcional incondicionada é prevista nas hipóteses do inciso I do art. 7.º, quais sejam, as de crimes cometidos no estrangeiro contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação estatuída pelo Poder Público; contra a administração pública, por quem está a seu serviço; e de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil. Diz-se incondicionada a extraterritorialidade excepcional da lei penal brasileira, nesses casos, porque a sua aplicação não se subordina a qualquer requisito. Funda-se o incondicionalismo na circunstância de esses crimes ofenderem bens jurídicos de capital importância, afetando interesses relevantes do Estado. Cometendo um crime previsto nas alíneas do inciso I do art. 7.º “o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro” (§ 1.º). Tal rigorismo vem amenizado pelo art. 8.º, que reza: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

A alínea *a* cuida de crime cometido contra a vida ou a liberdade do Presidente da República, que constitui delito contra a Segurança Nacional (Lei n. 7.170, de 14-12-1983, art. 29). Delito contra a liberdade do Presi-

dente da República (constrangimento ilegal, ameaça, sequestro etc.) é figura típica definida na Lei de Segurança Nacional (art. 28 da referida lei).

Os crimes contra a existência, a segurança ou integridade do Estado e a estrutura das instituições, estão previstos na Lei de Segurança Nacional, quando cometidos em tempo de paz; quando em tempo de guerra, pela legislação militar.

As alíneas *b* e *c* do inciso I do art. 7.º aludem a crimes previstos nos arts. 289 a 326 do CP.

A alínea *d* trata do crime de genocídio cometido no estrangeiro, “quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil”. Trata-se de crime previsto na Lei n. 2.889, de 1.º-10-1956. Vindo a ser cometido por estrangeiro contra brasileiro, aplica-se o art. 7.º, § 3.º, do CP.

A excepcional extraterritorialidade condicionada existe nos demais casos, que são os seguintes:

1.º) crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir (art. 7.º, II, *a*);

2.º) crimes praticados por brasileiro no estrangeiro (al. *b*);

3.º) delitos praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados (al. *c*);

4.º) crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (art. 7.º, § 3.º).

Diz-se condicionada porque a aplicação da lei penal brasileira se subordina à ocorrência de certos requisitos (als. dos §§ 2.º e 3.º).

A primeira hipótese é a de crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir, em que foi adotado o princípio da justiça cosmopolita ou universal. Cuida dos crimes denominados internacionais, como tráfico de pessoas, de entorpecentes, difusão de publicações obscenas, e destruição ou danificação de cabos submarinos. Justifica-se a extraterritorialidade da lei penal brasileira, para aplicar-se a esses delitos de transcendência cosmopolita, pelo interesse das nações em reprimir práticas que afetam bens jurídicos gerais.

O segundo caso é o de crimes praticados por brasileiro no estrangeiro (al. *b*). Adotou-se o princípio da personalidade ativa. Tem apoio no interesse do Brasil em punir o nacional que delinuiu no estrangeiro segundo nossas leis, vedando a sua extradição (Lei n. 6.815, de 19-8-1980, art. 77, II; Const. Federal, art. 5.º, LI).

A terceira hipótese cuida do princípio da representação, inovação em nosso sistema penal, corrigindo uma lacuna na matéria. Trata dos casos de

crimes cometidos em aeronaves ou embarcações brasileiras, de natureza privada, quando em território estrangeiro. Assim, suponha-se um delito cometido a bordo de aeronave brasileira, em voo sobre território estrangeiro, sem escalas, sendo estrangeiros os sujeitos ativo e passivo. Pelo sistema anterior, não era aplicável nossa lei penal. O mesmo ocorria em relação aos delitos praticados a bordo de navios. Pelo novo princípio, o Estado a que pertence a bandeira do navio ou da aeronave se substitui àquele em cujo território aconteceu o delito, desde que não julgado por motivo relevante. Adotou-se na espécie recomendação da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, na reunião realizada em Santiago do Chile (novembro de 1963), aceitando a questão levantada por Soler¹⁴. O princípio da representação, caso de “suplementar administração penal da justiça”, só poderá ser aplicado em casos excepcionais, em significativas hipóteses de exceção, em que o poder punitivo brasileiro substituirá o estrangeiro, competente para a intervenção, mas desinteressado no exercício da pretensão punitiva por razões irrelevantes.

O quarto caso é o de crime praticado por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (§ 3.º), voltando o legislador a adotar o princípio de proteção ou real¹⁵.

Nos quatro casos a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- 1.ª) entrar o sujeito no território nacional;
- 2.ª) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- 3.ª) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- 4.ª) não ter sido o sujeito absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- 5.ª) não ter sido o sujeito perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável (art. 7.º, § 2.º).

14. Aníbal Bruno, Esquemas de direito penal, *Revista de Direito Penal*, 5:102.

15. Nélson Hungria via no caso a adoção do princípio da personalidade passiva (ob. cit., p. 193). A hipótese, entretanto, pode ser considerada como extensão do princípio de proteção, “generalizando aos bens jurídicos de todo nacional do país, resultado da tutela que deve o Estado aos seus súditos onde quer que se encontrem” (Aníbal Bruno, ob. cit., p. 244). De ver-se que o princípio da personalidade passiva só se aplica quando o bem jurídico ofendido pertence a pessoa da mesma nação, que não é a hipótese do parágrafo.

No quarto caso (crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil), além desses requisitos, só se aplica a lei brasileira se:

1.º) não foi pedida ou foi negada a extradição (§ 3.º, a);

2.º) houve requisição do Ministro da Justiça (al. b).

Essas condições devem coexistir, *i. e.*, a lei brasileira só é aplicável quando incidem todas as condições ao mesmo tempo.

A primeira é a *entrada do agente no território nacional*¹⁶. O ingresso pode ser voluntário ou não; a presença, temporária ou prolongada.

A segunda condição é *ser o fato punível também no país em que foi praticado*¹⁷. Exige-se, pois, que a conduta esteja descrita como crime na legislação do país em que foi praticada, quer com o mesmo *nomen juris* empregado pela nossa, quer com outro. E se o fato for praticado em região não submetida à legislação penal de qualquer país, como, *v. g.*, na região polar? O fato cometido pelo nacional cairá sob a eficácia da lei penal brasileira. Nos termos da resolução do Instituto de Direito Internacional de Munich, de 23-

16. É de notar que a necessidade de tal presença constitui *condição de procedibilidade* e não *condição objetiva de punibilidade*. A distinção entre ambas é de relevante interesse: a ausência da condição de procedibilidade não permite seja julgado o mérito; a falta da condição objetiva de punibilidade permite o seu julgamento. Assim, quando da sentença, ausente a condição de procedibilidade, a ação penal deve ser anulada; ausente a condição objetiva de punibilidade, a pretensão punitiva deve ser julgada improcedente, absolvendo-se o acusado. Na primeira hipótese, cuida-se de condição da ação (CPP, art. 395, II). Se o juiz, na sentença, verifica a ausência do pressuposto processual, não absolve o acusado, mas sim anula a ação penal, uma vez que a nulidade não obsta ao seu exercício, desde que satisfeita a condição, qual seja, a entrada do agente no território nacional. Como já se decidiu, “tratando-se de crime... inteiramente executado no exterior e de autoria de brasileiro, tornava-se, entre outras condições, indispensável, para o exercício aqui da ação penal, que ele tivesse voltado ao solo pátrio. Ora, o denunciado, ao que consta, permanece ainda no estrangeiro. Daí a nulidade da ação penal, reconhecida pela turma julgadora que, ao decidir o feito, retificou o dispositivo da sentença, porque a espécie é de nulidade *ab initio* da ação e não de absolvição” (RT, 233:122).

17. Trata-se de *condição objetiva de punibilidade*. Como acentuava Alimena, em casos excepcionais, “o princípio *ubi crimen ubi poena* sofre um desvio e é substituído pelo *ubi crimen et conditio ibi poena*”; em lugar do *nulla poena sine crimen* funciona o princípio *nulla poena sine crimine et conditione* (apud Bettiol, *ob. cit.*, p. 242). Ausente a condição, o acusado deve ser absolvido, e não anulada a ação penal, o que ocorreria se se tratasse de condição de perseguibilidade. Como ensinava José Frederico Marques, “se a sentença declarar inexistente uma condição de perseguibilidade, não há decisão definitiva ou julgamento sobre o mérito, e sim, uma interlocutória que apreciou apenas o direito de ação ou a regularidade da relação processual. O inverso se dará com as condições de punibilidade, porque então a sentença apreciará a procedência ou improcedência da pretensão punitiva, decidindo do *meritum causae*” (Tratado, 1956, v. 3, p. 326 e 327).

9-1833, os “nacionais se consideram responsáveis, de acordo com as leis de sua pátria, em toda infração praticada em países não submetidos a soberania alguma”.

A terceira condição é *estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição*. É condição objetiva de punibilidade. De acordo com a Lei de Estrangeiro (Lei n. 6.815, de 19-8-1980), ela não é concedida quando: *a)* se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido; *b)* o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente; *c)* o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando; *d)* a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a um ano; *e)* o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; *f)* estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente; *g)* o fato constituir crime político; e *h)* o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

Outro requisito é *não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena*. Se o agente foi absolvido ou cumpriu a pena no estrangeiro, ocorre uma causa de extinção da punibilidade. Se a sanção foi cumprida parcialmente, novo processo pode ser instaurado no Brasil, com atendimento da regra do art. 8.º.

Por último, exige-se *não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável*. Como é evidente, cuida-se de causas de extinção da punibilidade.

No caso de crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, além das condições previstas no § 2.º, são exigidos os requisitos das alíneas do § 3.º, para que haja a aplicação de nossa lei, que são:

- a)* não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b)* houve requisição ministerial.

Como observava Basileu Garcia, o sentido da disposição não é prontamente acessível. Trata-se de caso “em que um estrangeiro comete crime contra brasileiro. Foge para o Brasil. Suponha-se que, em virtude de alguma particularidade da lei sobre a extradição, esse criminoso não possa ser extraditado, embora, em tese, a medida coubesse para o gênero de delito pelo qual é responsável, ou que não haja sido formulada, pelo Estado estrangeiro, a devida solicitação. O Brasil, então, contrai o dever de efetuar o processo. Para que este se instaure, aguarda-se requisição por parte do Ministro da Justiça, porque, tratando-se de crime praticado fora do território

nacional, é razoável que aquela alta autoridade, representando a Justiça do Brasil, possa resolver sobre a conveniência da ação penal”¹⁸.

5. CONTRAVENÇÕES

É inaplicável o princípio da extraterritorialidade nas contravenções. Nos termos do art. 2.º da LCP, “a lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional”.

6. A REGRA “NON BIS IN IDEM”

Dispõe o art. 8.º do CP que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

O dispositivo cuida de *diversidade qualitativa e quantitativa* das penas. A primeira parte trata da diversidade qualitativa; a segunda, da quantitativa. Temos, pois, duas regras:

1.ª) a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas;

2.ª) a pena cumprida no estrangeiro pelo mesmo crime é computada na imposta no Brasil, quando idênticas.

Assim, o fato de ter o sujeito cumprido a pena imposta pelo julgado estrangeiro influi, no Brasil, de duas formas: 1.ª) na determinação da pena concreta, atenuando-a, se a pena já cumprida for diversa em qualidade da que a lei brasileira comina para o mesmo crime (pena de multa cumprida no estrangeiro e privativa de liberdade a ser imposta no Brasil); 2.ª) na execução da pena imposta no Brasil, sendo nela computada, se idênticas. No primeiro caso, a atenuação é obrigatória, mas o *quantum* fica a critério do juiz. No segundo, cabe ao julgador apenas abater da pena a ser executada, se maior, o *quantum* já cumprido no estrangeiro.

Exemplo de diversidade qualitativa: um sujeito, no estrangeiro, pratica crime contra a fé pública da União (brasileira), incidindo a extraterritorialidade incondicional de nossa lei penal (art. 7.º, I, *b*). É condenado nos dois países (art. 7.º, § 1.º): multa no estrangeiro e reclusão no Brasil. Satisfeita a multa no estrangeiro, fica atenuada a pena imposta no Brasil.

18. Ob. cit., 5. ed., 1980, p. 199.

Exemplo de diversidade quantitativa: no caso anterior, o sujeito é condenado no estrangeiro a um ano e no Brasil a dois anos de reclusão. Cumprida a pena no estrangeiro, o condenado terá no Brasil a cumprir um ano de reclusão.

Deve ser observado o disposto no art. 7.º, § 2.º, *d*, parte final, do CP. Se o sujeito, pelo mesmo crime, já cumpriu pena no estrangeiro, nos termos da referida alínea *d*, é inaplicável a nossa lei penal.

7. EFICÁCIA DA SENTENÇA PENAL ESTRANGEIRA

O art. 9.º ocupa-se com a eficácia da sentença penal estrangeira, estatuiuindo:

“A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

I — obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;

II — sujeitá-lo a medida de segurança.

Parágrafo único. A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça”.

Como se nota, é imprescindível que a aplicação da lei brasileira produza na espécie as mesmas consequências.

A reparação do dano, as restituições e outros efeitos de natureza civil¹⁹ são institutos do Direito Privado. A medida de segurança pertence ao Direito Penal.

A homologação da sentença penal estrangeira compete ao STJ (Carta Magna, art. 105, I, *i*, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004). Os requisitos da homologação estão previstos no parágrafo único do art. 9.º. Regulando-a, o CPP estatui normas a respeito nos arts. 787 a 790.

A sentença penal estrangeira produz outros efeitos, com referência à reincidência, *sursis* e livramento condicional. Nesses casos, seu reconhecimento não depende de homologação, como se percebe, *a contrario sensu*, do disposto no art. 787 do CPP. Esta só é exigível quando se trata de *execução* de julgamento proferido no estrangeiro.

19. Ex.: CC, arts. 557 e 1.814 (revogação da doação e indignidade para herdar).

Capítulo IX

EFICÁCIA DA LEI PENAL EM RELAÇÃO A PESSOAS QUE EXERCEM DETERMINADAS FUNÇÕES PÚBLICAS

1. INTRODUÇÃO

A ordem jurídica brasileira fixa o princípio da obrigatoriedade da lei penal a todos os cidadãos que se encontrem em nosso território. As condutas puníveis nele cometidas sujeitam os seus autores à aplicação do preceito sancionador das normas penais incriminadoras, sem distinção pessoal. Esse princípio se funda na igualdade de todos perante a lei. A nossa Constituição Federal, em seu art. 5.º, *caput*, adotando postulado universal, reza que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Assim, a lei penal tem aplicação *erga omnes*.

Tal princípio, porém, não se aplica a determinados casos, em face de funções públicas exercidas por certas pessoas. O próprio art. 5.º do CP, prevendo a regra da territorialidade da norma penal, ressalva a inaplicabilidade de nossa lei em razão de estipulações firmadas pelo Brasil com países estrangeiros em tratados e convenções. Na falta de tratado ou convenção, são aplicadas as regras de direito internacional, firmadas no princípio da reciprocidade.

Esses privilégios funcionais não são concedidos em relação à pessoa, mas à função que ela exerce. Há privilégios por força dos quais determinadas pessoas se subtraem à eficácia da jurisdição criminal do Estado, e outros que as sujeitam a regras particulares nas ações penais. Originam-se de tratados, convenções ou regras de direito internacional, ou de determinações do Direito Público interno.

Não se trata de exceções ao princípio da igualdade, pois os privilégios não são *personais*, mas *funcionais*. Não se tem em vista a *pessoa*, mas sim a *função* por ela exercida.

2. IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

As denominadas imunidades diplomáticas advêm do Direito Internacional, excluindo os Chefes de Estado e representantes dos governos estrangeiros da jurisdição criminal dos países onde se encontram acreditados. Como ensinava Aníbal Bruno, essas pessoas não ficam propriamente fora do domínio da lei penal, uma vez que permanecem ligadas ao seu preceito primário, devendo evitar a prática de condutas que ela descreve como puníveis, e o comportamento desse caráter que pratiquem mantém a sua natureza de ilícito. Mas escapam à consequência jurídica, que é a punição¹. Haveria, então, uma causa de isenção de pena? Não, pois a não aplicação da sanção decorre da exclusão da jurisdição penal. Os representantes diplomáticos não se sujeitam à jurisdição criminal do país onde estão acreditados porque suas condutas permanecem sob a eficácia da lei penal do Estado a que pertencem. Daí entender parte da doutrina moderna que a questão não é de Direito Penal substantivo, mas de Direito Processual Penal.

Os funcionários do corpo diplomático também gozam dessa imunidade, acontecendo o mesmo com os componentes da família do representante. Não se estende, porém, aos cônsules, em face de suas funções meramente administrativas.

De acordo com a teoria da extraterritorialidade absoluta, a sede da embaixada é considerada território estrangeiro. Nos termos da teoria da territorialidade relativa, a embaixada é considerada parte do território do País do sujeito ativo do delito. Hoje, entretanto, essas doutrinas se encontram superadas. A sede da representação não é considerada extensão do território estrangeiro. Os lugares em que se exercem os serviços da embaixada são invioláveis, não no sentido do princípio da extraterritorialidade, mas em função da imunidade dos representantes. Assim, cometida uma infração nesses locais por pessoa que não goza do privilégio, o fato fica sujeito à jurisdição territorial.

3. CHEFES DE GOVERNO

Os soberanos das monarquias constitucionais são invioláveis, tendo em vista o cargo que exercem. Não respondem pelas infrações por eles

1. Ob. cit., 3. ed., p. 246 e 247.

cometidas, dependendo de preceito constitucional.

O mesmo não ocorre em relação aos presidentes de repúblicas, que se sujeitam a regime criminal especial. Entre nós, o Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o STF, nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal, nos de responsabilidade (Const. Federal, art. 86, *caput*).

4. IMUNIDADES PARLAMENTARES

Ao lado das imunidades diplomáticas, há as parlamentares, que diferem das primeiras porque constituem, em parte, causas funcionais de exclusão de pena e, em parte, prerrogativa processual, enquanto aquelas não excluem o crime e suas consequências, apenas colocando os seus titulares fora da jurisdição criminal do Estado onde estão acreditados, submetendo-os às de seus países.

A imunidade parlamentar pode ser:

- 1.^a) material;
- 2.^a) formal.

A imunidade parlamentar material constitui causa funcional de isenção de pena. Por isso, será estudada na extinção da punibilidade.

A imunidade parlamentar formal constitui prerrogativas processuais. Por esse motivo, será apreciada na ação penal.

Capítulo X

DISPOSIÇÕES FINAIS DO TÍTULO I DA PARTE GERAL

1. CONTAGEM DE PRAZO

Há várias consequências jurídico-penais condicionadas ao fator tempo: cumprimento da pena, extinção da punibilidade (decadência, prescrição, reabilitação), lapso temporal de sujeição às condições do *sursis*, do livramento condicional, vigência da execução das medidas de segurança etc. São reguladas pelo *prazo*, espaço de tempo, fixo e determinado, entre dois momentos: o inicial e o final. Termo é o instante determinado no tempo: fixa o momento da prática de um ato, designando, também, a ocasião de início do prazo. O *prazo* se desenvolve entre dois *termos*: o termo inicial (termo *a quo*, *dies a quo*) e o termo final (termo *ad quem*, *dies ad quem*). Um prazo tem início em certo dia porque nessa data ele tem o seu termo *a quo*; termina em determinado dia porque aí está situado o seu termo *ad quem*. Assim, um prazo que começa no dia 1.º de janeiro e termina em 31 de dezembro tem nesses extremos os termos *a quo* e *ad quem*.

O art. 10 do CP estabelece regras a respeito.

Determina a primeira que “o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo”.

Qualquer que seja a fração do primeiro dia, dia do começo, é computada como um dia inteiro. Assim, se o réu começa a cumprir a pena privativa de liberdade às 15h, esse dia é contado por inteiro, não se levando em conta que, realmente, durante ele, ficou encarcerado somente nove horas. Ex.: A, condenado a vinte dias de prisão, é detido às 22h do dia 6 de determinado mês: terá cumprido a pena às 24h do dia 25.

Diversa é a forma da contagem dos prazos processuais. Nos termos do art. 798, § 1.º, do CPP, não se inclui no prazo o dia do começo, computando-se o do vencimento. Qual a razão da diferença?

Os dois dispositivos (CP, art. 10, e CPP, art. 798, § 1.º), embora diversos, não são de coexistência inconciliável, pois se justificam em face do fundamento político-crimal que os informa. Procurou o legislador penal e processual penal estabelecer um critério de favorecimento aos réus, em atenção aos seus interesses regulados por aqueles estatutos. No Processo Penal, quanto mais longo o prazo ou demorado o seu início, tanto mais beneficiará o réu. Daí não ser incluído o dia do começo. Assim os prazos para a defesa prévia, alegações finais e interposição de recursos. Ao contrário, no que respeita aos prazos determinados do CP em relação a certos efeitos jurídicos do crime, quanto mais curtos, mais favoráveis serão ao agente. Dessa forma, os prazos de cumprimento de pena, de suspensão condicional de sua execução, de livramento condicional, de prescrição, de medidas de segurança, quanto mais curtos, mais favoráveis. Daí incluir-se o dia do começo.

E quando os dois estatutos tratam da mesma matéria, como no caso da decadência do direito de queixa ou de representação (CP, art. 103, e CPP, art. 38)?

Se o fundamento da diversidade reside no tratamento mais favorável aos réus, quando os dois estatutos cuidam da mesma matéria é de aplicar-se o disposto no art. 10 do CP.

A segunda regra determina que os dias, os meses e os anos são contados pelo calendário comum.

De acordo com o calendário gregoriano (comum), dia é o lapso temporal entre meia-noite e meia-noite. Os meses não são contados como sendo o período sucessivo de 30 dias (*ex numero*), mas sim de acordo com o número característico de cada um (*ex numeratione dierum*). Em outros termos: para o CP, o mês não tem 30 dias, mas 28, 29, 30 ou 31, conforme o calendário. A mesma regra é aplicada em relação ao ano. Assim, terá 365 dias, ou 366, se bissexto¹. Dessa forma, se o juiz tiver de condenar o réu a dois meses ou dois anos, não poderá se referir a 60 dias ou 730 dias.

1. O ano e o mês civis estão determinados pela Lei n. 810, de 6-9-1949:

“Art. 1.º Considera-se ano o período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte.

Art. 2.º Considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte.

Art. 3.º Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia subsequente.

Art. 4.º Revogam-se as disposições em contrário”.

O mês é contado de determinado dia à véspera do mesmo dia do mês seguinte, terminando o prazo às 24h. Assim, no caso de o agente ter sido condenado a três meses de detenção, começando a cumprir a pena às 18h de 4 de julho, o prazo terminará às 24h de 3 de outubro. O dia do começo é computado por inteiro, excluído o do vencimento da pena.

Da mesma forma, um ano é contado de certo dia às 24h da véspera do dia de idêntico número do mesmo mês do ano seguinte, não importando seja bissexto qualquer deles. Suponha-se uma pena de um ano e quatro meses, iniciando o condenado o seu cumprimento às 20h de 3 de janeiro: terminará às 24h de 2 de maio do ano seguinte.

Observava Néelson Hungria que tal critério importa, na prática, diversidade de tratamento de um réu em cotejo com outro, quando, p. ex., condenados a um mês de detenção, começa um deles a cumprir a pena no mês de janeiro e o outro no mês de fevereiro. Esclarecia que ao legislador brasileiro, porém, “tal inconveniente pareceu preferível ao da confusão que resultaria da abstração do calendário comum”².

2. FRAÇÕES NÃO COMPUTÁVEIS DA PENA

Determina o art. 11: “Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia, e, na pena de multa, as frações de cruzeiro”.

Nos termos da primeira regra, nas penas privativas de liberdade e restritivas de direito devem ser desprezadas as frações de dia, que são as horas. Assim, se o juiz tiver de aumentar de metade a pena de 15 dias, o *quantum* será de 22 dias, e não de 22 dias e 12 h. Estas, frações de dia, deverão ser desprezadas (exemplo de Néelson Hungria).

De acordo com o segundo princípio, na pena de multa devem ser desprezadas as frações de real. Fração é parte de um todo. Assim, frações de dia são as horas; frações de real, os centavos. Nestes termos, cumpre, na fixação e liquidação da pena pecuniária, desprezar os centavos.

Por coerência com o primeiro princípio é necessário estabelecer uma terceira regra: na fixação da pena pecuniária deve ser desprezada a fração do dia-multa. Assim, uma pena de dez dias-multa, acrescida de um terço, perfaz treze dias-multa e não 13,33 dias-multa.

2. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, t. 1, p. 212 e 213.

3. LEGISLAÇÃO ESPECIAL

Preceitua o art. 12 que as regras gerais do CP são aplicáveis aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso. As infrações penais não são apenas descritas no Código, mas também em normas extravagantes. O próprio estatuto repressivo, em seu art. 360, ressalva “a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares”. A par destes há outros, como os de sonegação fiscal, abuso de autoridade etc.

É de ver que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a atual ordem constitucional. O Tribunal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, retirou-a do ordenamento jurídico. Com isso, as regras do Código Penal passaram a ter incidência no que toca aos delitos contra a honra praticados por meio da imprensa (ou seja, através dos meios de comunicação social).

Regras gerais do Código são as normas não incriminadoras, permissivas ou complementares, previstas na Parte Geral ou Especial. Em regra, estão contidas na Parte Geral, mas também podem estar descritas na Especial (ex.: conceito de funcionário público — art. 327). Por outro lado, a *legislação especial*, conjunto de leis extravagantes, também pode conter *regras gerais* diversas das do Código. Neste caso, prevalecem aquelas. Do contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código.

Assim, as normas contidas nos arts. 1.º a 120 do CP, mais as não incriminadoras previstas na Parte Especial, são aplicáveis a toda a legislação especial, salvo exceção expressa. Exs.: as disposições sobre legítima defesa, estado de necessidade, aplicação da pena, *sursis*, livramento condicional, extinção da punibilidade etc. se estendem aos crimes eleitorais, contra a economia popular, falimentares etc.

Ex.:

As causas interruptivas da prescrição, previstas no art. 117 do CP, são aplicáveis aos delitos falimentares.

Excepcionalmente, quando a legislação penal especial ditar princípio diverso do contido no CP, prevalece aquele.

Ex.:

A punibilidade da tentativa, prevista no art. 14, II, e parágrafo único do CP, não se estende às contravenções, uma vez que elas, quando tentadas, não são puníveis (LCP, art. 4.º).

Quando o Código e a lei especial ditam regras gerais sobre o mesmo assunto, o conflito aparente de normas é solucionado pelo princípio da especialidade: a regra contida na lei especial prevalece sobre a determinada pelo estatuto repressivo.

III — TEORIA GERAL DO CRIME

Capítulo XI

CONCEITO DE CRIME

1. TERMOS E ETIMOLOGIA

Noxa, no antigo Direito Romano, segundo Mommsen, era o termo designativo da conduta delitiva. Evoluiu para *noxia*, que significava “dano”. Este, porém, estava intimamente ligado aos conceitos de reparação e retribuição do mal causado, pelo que expressava mais a natureza dos efeitos do ato delitivo que, propriamente, o significado da infração. Apareceram, então, outros termos, como expressão própria da conduta delituosa e não de suas consequências jurídicas. Daí a adoção das seguintes expressões: *scelus*, *maleficium*, *flagittum*, *fraus*, *facinus*, *peccatum*, *probrum*, *delictum* e *crimen*, com predominância das duas últimas. A expressão “delito” deriva de *delinquere*, abandonar, resvalar, desviar-se, significando abandono de uma lei. *Crimen* vem do grego *cerno*, indicativo dos mais graves delitos¹.

Na Idade Média foram empregados os termos *crimen* e *delictum*, este indicando infração leve, aquele, grave.

Na Itália foi adotada a expressão *reato*. Nos países de língua castelhana empregam-se os termos “delitos”, “crimes” e “contravenções”, sendo que “infração” designa as três condutas delituosas. Na Alemanha são também empregados os três termos, indicando “crime” (*Verbrechen*) o que para nós é infração. Na Inglaterra, *offense* é expressão comum e genérica, abrangendo os *indictable* crimes, sujeitos a acusação, que se dividem em *felony* e *misde-*

1. O sistema didático e as ideias principais dessa matéria foram extraídos de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1951, v. 3, p. 19 e s. Sobre a matéria do 1.º item: Francesco Carrara, *Programa do curso de direito criminal*, trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, Saraiva, 1956, v. 1, p. 49, nota 1.

meanor, segundo a maior ou menor gravidade. Nos Estados Unidos da América do Norte os crimes se tripartem em *treasons*, *felonies* e *misdemeanors*.

Entre nós, doutrinariamente, o termo “infração” é genérico, abrangendo os “crimes” ou “delitos” e as “contravenções”. Pode ser empregado o termo delito ou crime. O CP usa as expressões “infração”, “crime” e “contravenção”, aquela abrangendo estes. O CPP emprega o termo “infração”, em sentido genérico, abrangendo os crimes (ou delitos) e as contravenções (exs.: arts. 4.º, 70, 72, 74, 76, 77, 92 etc.). Outras vezes, usa a expressão “delitos” como sinônimo de “infração” (exs.: arts. 301 e 302).

2. QUE É CRIME?

Da resposta a esta questão depende todo o desenvolvimento do estudo que encetamos, uma vez que qualquer instituto jurídico-penal tem fundamento na noção de crime.

Há quatro sistemas de conceituação do crime:

- a) formal;
- b) material;
- c) formal e material;
- d) formal, material e sintomático.

Formalmente, conceitua-se o crime sob o aspecto da técnica jurídica, do ponto de vista da lei.

Materialmente, tem-se o crime sob o ângulo ontológico, visando a razão que levou o legislador a determinar como criminosa uma conduta humana, a sua natureza danosa e consequências.

O terceiro sistema conceitua o crime sob os aspectos formal e material conjuntamente. Assim, Carrara, que adotava o critério substancial e dogmático, definia o delito como “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”².

O quarto critério visa ao aspecto formal e material do delito, incluindo na conceituação a personalidade do agente. Ranieri, sob esse aspecto, define o delito como “fato humano tipicamente previsto por norma jurídica sancionada mediante pena em sentido estrito (pena criminal), lesivo ou

2. Ob. cit., p. 48, § 21.

perigoso para bens ou interesses considerados merecedores da mais enérgica tutela”, constituindo “expressão reprovável da *personalidade do agente*, tal como se revela no momento de sua realização”³.

Dos quatro sistemas, dois predominam: o formal e o material. O primeiro apreende o elemento dogmático da conduta qualificada como crime por uma norma penal. O segundo vai além, lançando olhar às profundezas das quais o legislador extrai os elementos que dão conteúdo e razão de ser ao esquema legal⁴.

3. CONCEITO MATERIAL

O conceito material do crime é de relevância jurídica, uma vez que coloca em destaque o seu conteúdo teleológico, a razão determinante de constituir uma conduta humana infração penal e sujeita a uma sanção. É certo que sem descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime. Todavia, é importante estabelecer o critério que leva o legislador a definir somente alguns fatos como criminosos. É preciso dar um norte ao legislador, pois, de forma contrária, ficaria ao seu alvedrio a criação de normas penais incriminadoras, sem esquema de orientação, o que, fatalmente, viria lesar o *jus libertatis* dos cidadãos.

No sentido substancial, para Manzini, delito é a ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições, ou acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei⁵.

Como se nota, sob o ponto de vista material, o conceito de crime visa aos bens protegidos pela lei penal. Dessa forma, nada mais é que a violação de um bem penalmente protegido⁶.

4. CONCEITO FORMAL

Sob o aspecto formal, crime é *um fato típico e antijurídico*. A culpabilidade, como veremos, tem outra natureza.

3. *Diritto penale*; parte generale, Milano, 1945, p. 79.

4. Bettiol, *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 209.

5. *Tratado de derecho penal*, v. 1, p. 496.

6. Cf. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 2, p. 18.

5. CRIME E CONTRAÇÃO

Não há diferença ontológica, de essência, entre crime (ou delito) e contração. O mesmo fato pode ser considerado crime ou contração pelo legislador, de acordo com a necessidade da prevenção social. Assim, um fato que hoje é contração pode no futuro vir a ser definido como crime.

Capítulo XII

ANÁLISE E CARACTERES DO CRIME SOB O ASPECTO FORMAL

1. CARACTERES DO CRIME SOB O ASPECTO FORMAL

Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão). Mas nem todo comportamento do homem constitui delito. Em face do princípio de reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados. Portanto, p. ex., a subtração de coisa com a simples intenção de usá-la (furto de uso) é fato irrelevante para a nossa legislação penal, pois não se subsume à norma penal incriminadora do art. 155. Falta-lhe o fim de assenhoreamento definitivo (o *animus rem sibi habendi*), contido na expressão “para si ou para outrem” do tipo. Sem ele o fato não se ajusta à norma. É atípico. Dessa forma, somente o *fato típico*, i. e., o fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente relevante. A esfaqueia B, matando-o. O sujeito, por meio de uma ação, lesou um bem jurídico, qual seja, a vida de um homem. A conduta de A, portanto, deve corresponder a um fato que a lei penal descreve como crime. Visto o CP, encontramos, no art. 121, *caput*, o fato de *matar alguém* com o *nomen juris* “homicídio simples”, a que o legislador comina a pena de seis a vinte anos de reclusão. Há, assim, um *fato* que se subsume a uma norma penal incriminadora, que se denomina *fato típico*. É este o primeiro requisito do crime.

Não basta, porém, que o fato seja típico para que exista crime. É preciso que seja contrário ao direito, *antijurídico*. O legislador, tendo em vista o complexo das atividades do homem em sociedade e o entrelaçamento de interesses, às vezes permite determinadas condutas que, em regra, são proibidas. Assim, não obstante enquadradas em normas penais incriminadoras, tornando-se *atos típicos*, não ensejam a aplicação da sanção. P. ex.: A, em legítima defesa, atira em B, matando-o. O fato se enquadra na descrição

legal do homicídio: é típico. Mas, não basta seja típico, necessita também ser contrário à ordem jurídica. E, no caso, concorre uma causa de exclusão da antijuridicidade, prevista nos arts. 23, II, e 25¹. Excluída a antijuridicidade, não há crime. É, pois, a antijuridicidade o segundo requisito do crime. Por meio do juízo de valor sobre ela é que se saberá se o fato é ou não contrário ao ordenamento jurídico. Verificada a ilicitude do comportamento, teremos os dois requisitos do crime: fato típico e antijuridicidade.

De observar, porém, que não basta seja o fato típico e antijurídico. Exige-se, ainda, que o agente seja culpável. Ex.: *A* atira em *B*, matando-o. Prova-se que *A*, por erro de proibição invencível, acreditava achar-se na iminência de uma agressão injusta. Ocorre uma causa de exclusão da culpabilidade, chamada erro de proibição (descriminante putativa versando sobre a ilicitude da agressão). Aplica-se o art. 21, *caput*, 2.^a parte, do CP. O fato é típico e antijurídico, mas não incide o juízo de reprovação social (culpabilidade). O crime existe, mas o sujeito não sofre pena, uma vez que está ausente a culpabilidade².

De tudo que foi dito resulta que são características do crime sob o aspecto formal:

- 1.º) o fato típico; e
- 2.º) a antijuridicidade.

O delito é um todo, não podendo ser dividido em partes, como se fosse uma fruta cindida em pedaços. O crime é um fato a que se agregam características. Pode-se falar, então, em requisitos ou características do delito, não em elementos.

Para efeito de estudo, porém, vamos analisar a matéria em etapas, abordando o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

2. O FATO TÍPICO, A ANTIJURIDICIDADE E A CULPABILIDADE

Fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração.

1. Art. 23. “Não há crime quando o agente pratica o fato:

.....
II — em legítima defesa.”

Art. 25. “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

2. V., no tema da culpabilidade, sua posição em face do crime.

Assim, fato típico do homicídio é a conduta humana que causa a morte de um homem. Ex.: A esfaqueia B, que vem a morrer em consequência das lesões. O fato se enquadra na descrição legal simples do art. 121 do CP: “Matar alguém”.

Vemos que o fato típico é composto dos seguintes elementos:

- 1.º) conduta humana dolosa ou culposa;
- 2.º) resultado (salvo nos crimes de mera conduta);
- 3.º) nexo de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais);
- 4.º) enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexo) a uma norma penal incriminadora.

Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, ela se insere como o quinto elemento do fato típico, devendo ser apreciada depois do nexo de causalidade.

No exemplo, encontramos os quatro elementos. Há uma conduta, qual seja, a de o sujeito esfaquear a vítima. O resultado morte. O nexo entre a conduta e o resultado, uma vez que a vítima faleceu em consequência das lesões produzidas pelas facadas. E o acontecimento se enquadra no art. 121 do CP.

De observar que existe crime sem resultado e, então, não há falar-se em resultado e nexo de causalidade material. No formal, não se exige a produção do resultado.

Antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade (CP, art. 23, ou normas permissivas encontradas em sua parte especial ou em leis especiais).

Presente a causa de exclusão o fato é típico, mas não antijurídico, e, em consequência, não se há de falar em crime, pois lhe falta um requisito genérico.

Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. Reprovabilidade que vem recair sobre o agente, ensinava Aníbal Bruno, porque a ele cumpria conformar a sua conduta com o mandamento do ordenamento jurídico, porque tinha a possibilidade de fazê-lo e não o fez, revelando no fato de não o ter feito uma vontade contrária àquela obrigação, *i. e.*, no comportamento se exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma³. Como vimos,

3. Ob. cit., 3. ed., 1978, v. 1, t. 2, p. 29.

a culpabilidade não é requisito do crime, funcionando como condição de imposição da pena.

3. A PUNIBILIDADE

A doutrina prevalente entende que a punibilidade não é requisito do crime, mas sua consequência jurídica.

Violado o preceito penal, surge para o Estado o direito de impor a pena ao sujeito, que tem o dever de não obstaculizar a aplicação da sanção. Origina-se, então, a relação jurídico-punitiva entre o Estado e o cidadão. Resulta disso que a punibilidade não é mais que a aplicabilidade da sanção, ou, em outros termos, a possibilidade jurídica de ser imposta. Essa possibilidade, segundo Antolisei, constitui precisamente o efeito característico do crime. A punibilidade, entendida como aplicabilidade da pena, é uma consequência jurídica do crime e não seu elemento constitutivo⁴. A pena não é um momento precursor do *iter criminis*, mas o efeito jurídico do comportamento típico e ilícito, sendo culpado o sujeito. O crime, realizado em seus requisitos, não deixa de existir pela ocorrência de condição posterior, exceto se esta vier a excluir um deles. As causas de extinção da punibilidade, salvo a anistia e a *abolitio criminis*, não afetam os requisitos do crime, mas somente excluem a possibilidade de aplicação da sanção. Se a punibilidade fosse requisito do crime, extinta resultaria a insubsistência dele próprio, o que não ocorre. Ex.: A pratica um crime, é condenado e a sentença transita em julgado. Em face do decurso do tempo sem execução da pena, ocorre uma causa de extinção da punibilidade, a prescrição da pretensão executória (pretensão de o Estado executar a sanção), nos termos dos arts. 107, IV, 1.^a figura, e 110 do CP. Tempos depois pratica novo crime. É reincidente? Sim, pois é assim considerado quem comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior (art. 63, *caput*). Ora, se a punibilidade fosse elemento do crime, extinta pela prescrição, deixaria ele de subsistir, e, assim, se o agente viesse a praticar novo crime não seria reincidente, pois a recidiva pressupõe o crime anterior com todos os seus requisitos.

4. REQUISITOS, ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

Como consequência do conceito formal do crime, para que seja considerado delituoso um comportamento e aplicada a sanção ao seu sujeito, é preciso que constitua um fato típico e antijurídico. São, pois, requisitos do crime:

4. Antolisei, ob. cit., p. 531 e 532.

- 1.º) o fato típico; e
- 2.º) a antijuridicidade.

São denominados requisitos porque faltando um deles não há a figura delituosa. São indispensáveis.

Cada um desses requisitos se apresenta, de certa forma, em cada crime. Daí podemos falar em:

- a) requisitos genéricos;
- b) requisitos específicos.

Requisitos genéricos são o fato típico e a antijuridicidade, em relação ao conceito geral do crime, *i. e.*, com referência a qualquer delito.

Requisitos específicos são as elementares ou elementos, *i. e.*, as várias formas em que aqueles requisitos genéricos se manifestam nas diversas figuras delituosas.

Assim, tendo em vista o crime em tese, constitui-se do fato típico e da antijuridicidade. Analisando-se o homicídio, p. ex., são seus requisitos específicos os mesmos genéricos, mas sob o prisma de sua definição legal.

Que são circunstâncias?

São determinados dados que, agregados à figura típica fundamental, têm função de aumentar ou diminuir as suas consequências jurídicas, em regra, a pena.

Circunstância vem de *circum stare*, estar em redor. Em redor do crime, sob aspecto de sua descrição típica fundamental. Implica, pela sua própria natureza, ideia de acessoriedade, pressupondo, necessariamente, o principal, que é o crime com seus requisitos. Enquanto a ausência de um elemento ou elementar faz com que o fato não possa ser considerado crime, a falta de uma circunstância não influi sobre a sua existência. Pode existir ou não, sem que o delito desapareça.

Ex.: O crime de furto é descrito como o fato de alguém “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Aí temos os seus elementos. Faltando, p. ex., o elemento normativo “alheia”, sendo própria a coisa móvel, o fato é atípico, não constituindo crime (salvo o disposto no art. 346).

No § 1.º do art. 155, diz o legislador que a pena é aumentada de um terço se o fato é praticado durante o “repouso noturno”. Este é uma circunstância do furto, e não seu elemento, pois pode ou não ocorrer. Mesmo não ocorrendo, subsiste o crime.

O mesmo fato pode ser considerado pela lei como elemento (específico) ou como circunstância de determinado crime. Assim, o dano à coisa

alheia é elemento específico do crime de dano (art. 163) e circunstância do crime de furto (art. 155, § 4.º, I). Como saber se se trata de elemento ou circunstância? É necessário analisar a função que a lei atribui ao fato, e não à sua natureza intrínseca. Não basta a verificação do fato; é preciso estabelecer qual a consequência da “retirada” do elemento do contexto do fato. Quando o fato serve para distinguir o crime de um comportamento lícito ou de outro direito, é elemento; ao contrário, quando agrava ou atenua a sua gravidade objetiva, aumentando ou atenuando a pena, presente está uma circunstância⁵.

No crime de infanticídio, ausente o elemento temporal “durante ou logo após o parto”, opera-se uma desclassificação para o crime de homicídio. Então, referido elemento temporal não é circunstância do infanticídio, mas sua elementar (elemento específico). Na violação de domicílio (art. 150), acrescentando-se ao tipo fundamental o elemento temporal “durante a noite”, não há desclassificação para outro crime, permanecendo o mesmo, mas agravada a pena (§ 1.º). Ter sido o fato praticado durante a noite não é elemento do crime, mas circunstância, pois, ausente, não desaparece o crime nem há alteração de seu *nomen juris* (título).

A ausência de uma elementar pode produzir dois efeitos:

- 1.º) atipicidade absoluta;
- 2.º) atipicidade relativa.

Há o primeiro caso quando, excluída a elementar, o sujeito não responde por nenhuma infração. Ex.: processado o sujeito por prevaricação (CP, art. 319), prova-se na instrução criminal que ele não era funcionário público ao tempo do cometimento do fato. Não responde pelo crime de que se trata nem por qualquer outra infração (*atipicidade absoluta*).

Existe a *atipicidade relativa* quando, excluída a elementar, não subsiste o crime de que se cuida, operando-se uma desclassificação para outro delito. Ex.: processado o sujeito por crime de peculato (art. 312), prova-se na instrução criminal que não era funcionário público ao tempo da prática da conduta. Desaparece o crime de peculato, subsistindo o de apropriação indébita (art. 168).

Nos tipos qualificados não há falar-se em “circunstâncias elementares de crimes qualificados”, mas em circunstâncias legais especiais ou específicas. Não se pode confundir elementar com circunstância. Aquela interfere

5. Antolisei, ob. cit., p. 320.

na qualidade do crime; esta, na quantidade da sanção. Assim, no homicídio e furto qualificados, não falamos em “circunstâncias elementares”, mas simplesmente em “circunstâncias específicas”.

Estudaremos as circunstâncias num capítulo próprio.

5. PRESSUPOSTOS DO CRIME

Ensinava Manzini que o crime, como também o fato que o constitui, pode pressupor certos elementos, positivos ou negativos, ou determinadas circunstâncias, que constituem o antecedente necessário de sua noção. Distinguia esses elementos em:

- a) pressupostos do crime;
- b) pressupostos do fato.

Pressupostos do crime são circunstâncias jurídicas anteriores à execução do fato, positivas ou negativas, a cuja existência ou inexistência é condicionada a configuração do título delitivo de que se trata. De modo que a falta desses antecedentes opera a trasladação do fato para outra figura delitiva. Ex.: a qualidade de funcionário é pressuposto do crime de peculato e a ausência de tal elemento faz com que o fato seja compreendido sob o título da apropriação indébita. Da mesma forma, a ausência de participação no furto é pressuposto do crime de receptação ou de favorecimento, pois a presença da participação faz com que o agente responda como coautor do delito antecedente (furto).

Pressupostos do fato, segundo Manzini, são elementos jurídicos ou materiais anteriores à execução do fato, sem os quais a conduta prevista pela lei não constitui crime. Sem eles o fato não é punível a qualquer título. Pressupostos jurídicos do fato são as normas de Direito das quais o delito emana. Ex.: as normas penais em branco. Pressupostos materiais do fato são as condições reais, preexistentes, nas quais deve iniciar-se ou cumprir-se a execução da conduta. Ex.: no crime de bigamia, o casamento anterior válido é pressuposto material do fato. Assim, ausente o elemento “casamento anterior válido”, não há bigamia.

Está-se a ver que Manzini distinguia os pressupostos do crime dos pressupostos do fato. Ausentes os primeiros, o fato não é imputável pelo título delitivo que se considera, surgindo outro crime; ausentes os segundos, o fato deixa de ser considerado crime. Exs.:

1.º) A, funcionário público, apropria-se de dinheiro de que tinha a posse em razão do cargo. Responde por peculato (CP, art. 312). Ausente a condição de funcionário público, o fato passa a ser apropriação indébita (art.

168). Trata-se de pressuposto do crime ou de pressuposto do fato? A condição do sujeito é pressuposto do crime de peculato.

2.º) A, médico, deixa de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (febre amarela, peste, cólera, varíola, lepra, tuberculose etc.). Responde por omissão de notificação de doença (CP, art. 269). Ausente a condição de médico, não há conduta punível: não há crime. A qualidade de médico é pressuposto do crime do art. 269 ou pressuposto do fato típico? É pressuposto do fato⁶.

É incorreta a distinção de Manzini entre pressupostos do crime e pressupostos do fato. Como observava Bettiol, os referidos pressupostos do delito se traduzem em pressupostos do fato, pois que a qualidade de funcionário público no exemplo do peculato não se limita a uma qualificação jurídica do sujeito ativo, extrínseca ao fato, já que se reflete no fato e se torna um elemento dele. Isto acontece em todos os crimes próprios nos quais não somente o sujeito ativo é caracterizado, mas também é caracterizada a ação e, portanto, o fato. Estes passam da categoria de pressupostos do crime para a de pressupostos da ação, *i. e.*, de elementos anteriores ou concomitantes à ação e necessários a fim de que o fato delituoso possa esboçar-se em concreto⁷.

A doutrina mais recente nega ou põe em dúvida a necessidade de recorrer à teoria dos pressupostos do crime⁸.

Observando bem, o que os autores citam como pressupostos do crime ou do fato são elementos específicos do crime, de forma que, faltando um pressuposto, falta também um elemento do delito. Ocorre que, às vezes, há fatos ou situações preexistentes a que se subordina o reconhecimento de determinado crime. Assim, p. ex., a gravidez nos crimes de aborto; a posse ou detenção da coisa na apropriação indébita; o casamento anterior na bigamia etc. Nestes casos, o dolo do agente deve incidir sobre essas situações ou estados, passando a fazer parte integrante do crime *in specie*. Assim, não são pressupostos do crime, mas elementos específicos, pois o fato típico não se compõe somente da ação e do resultado, mas também de todos aqueles

6. V. a lição de Manzini em *Tratado de derecho penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1948, v. 2, p. 36 e s.

7. Ob. cit., p. 235.

8. Para Antolisei, esta teoria não tem razão de ser e deve ser eliminada (ob. cit., p. 157). Giuseppe Maggiore diz que “em resumo, a categoria dos pressupostos não tem razão de ser em assuntos penais” (ob. cit., p. 278). José Frederico Marques, citando Antolisei, diz que se trata de uma construção lógica estéril e inútil, pertencente a uma fase de todo superada na teoria geral do crime (ob. cit., v. 2, p. 26).

elementos e condições que devem existir para que possa delinear-se⁹. No crime de aborto, p. ex., não há necessidade de dizer que a gravidez da vítima é seu pressuposto, pois é elementar do tipo. O mesmo ocorre no peculato e nos outros crimes citados.

Assim, entendemos que os denominados pressupostos nada mais são do que elementares da figura típica.

6. CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE

As denominadas condições objetivas de punibilidade, na maior parte das vezes, são tratadas pelos autores quando do estudo analítico do crime. Aceitando a lição de Antolisei, entendemos que devem ser cuidadas de forma diversa, pois pressupõem o crime completo em todos os seus requisitos e cumprem somente a função de fazer possível a aplicação da pena¹⁰. Dessa forma, estudaremos referidas condições quando da análise da punibilidade.

7. CRIME E ILÍCITO CIVIL

Não há diferença substancial ou ontológica entre o ilícito penal e o civil. Em sua essência, não há diferença entre eles. A diferença é de natureza legal e extrínseca: o ilícito penal é um injusto sancionado com a pena; o civil é o injusto que produz sanções civis. Somente se atendendo à natureza da sanção é que podemos determinar se nos encontramos em face de um ou de outro. Cabe ao legislador, tendo em vista a valoração jurídica dos interesses da comunidade, estabelecer se a sanção civil se apresenta eficaz para a proteção da ordem legal, aparecendo a necessidade de determinação da penal. A adoção de tal critério não significa que a distinção depende exclusivamente do alvedrio do legislador. A sanção penal não pode ser criada por mero capricho. O legislador, considerando as circunstâncias do momento, analisando o dano objetivo, o alarma social, a forma de lesão, a reiteração, a reparabilidade ou irreparabilidade da lesão, a insuficiência da sanção civil, deve estabelecer se um fato determinado precisa ou não ser erigido à categoria de crime (Nélson Hungria).

9. Bettiol, ob. cit., p. 235.

10. Ob. cit., p. 159, n. 85.

Em suma, seguindo a lição de Hungria, podemos dizer que ilícito penal é a violação do ordenamento jurídico, contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, e ilícito civil é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, da execução forçada, da restituição *in specie*, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato etc.¹¹.

8. CRIME E ILÍCITO ADMINISTRATIVO

O que dissemos em relação ao ilícito civil deve ser repetido quanto ao ilícito administrativo. Não existe diferença ontológica entre eles. A diferença é de grau ou de quantidade. Reside na gravidade da violação ao ordenamento jurídico. Aqui também é a espécie de sanção que nos permite estabelecer se se cuida de um crime ou de um ilícito administrativo. Assim, se o legislador fixou uma sanção administrativa, significa que a considerou suficiente, e entendeu desnecessário recorrer à pena. P. ex., se, pela desobediência de uma ordem oficial, a lei impõe penalidade administrativa, não se deve considerar o crime do art. 330 do CP, salvo se, expressamente, referida lei ressalvar a aplicação cumulativa da norma incriminadora (Nélson Hungria).

9. O CRIME NA TEORIA GERAL DO DIREITO

Constituindo o crime um ente *jurídico*, é preciso incluí-lo no esquema genérico da ontologia jurídica.

A teoria do Direito estuda os fenômenos jurídicos em seus traços formais, criando, com um sistema de abstração e classificação, uma hierarquia de princípios de relevante valor lógico.

Qual a situação do crime nessa hierarquia de princípios e mandamentos jurídicos?

Vimos a diferença entre o crime e os ilícitos civis e administrativos. Todavia, isso apenas constitui um aspecto de uma questão mais ampla, a do ilícito jurídico. Este, por sua vez, pertence à categoria dos fatos jurídicos. A questão reside, pois, em situar o crime no sistema geral do Direito.

Há fatos que não interessam ao Direito. Quando uma pessoa passeia por um jardim, está praticando um fato comum, que não sofre a incidência

11. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, t. 2, p. 35.

do Direito. Se a pessoa, porém, andar sobre um gramado proibido causando dano, o fato que era comum passará a interessar ao Direito, que lhe atribuirá consequências jurídicas.

O Direito, ao recair sobre um fato comum, faz com que ele ingresse no mundo jurídico, atribuindo-lhe efeitos de nascimento, conservação, alteração, transmissão e extinção de um ou mais direitos subjetivos. Transforma-o em *fato jurídico*.

Fato jurídico é, assim, todo acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas, como o nascimento, a conservação, a alteração, a transmissão ou extinção de um ou mais direitos subjetivos.

E, como o Direito não recai sobre todos os fatos, estes se classificam em:

a) *fatos comuns*: que não interessam ao Direito;

b) *fatos jurídicos (lato sensu)*: acontecimentos a que o Direito atribui efeitos.

Os *fatos jurídicos* subdividem-se em:

a) *fatos jurídicos naturais*, como o nascimento e a morte do homem, o decurso do tempo, o desvio do curso de um rio etc.;

b) *ações humanas*, que produzem efeitos de acordo com a vontade do homem ou sem ela.

As *ações humanas* se agrupam em:

a) *ações humanas de efeitos jurídicos voluntários*: em que a atividade do homem se alia à vontade de produzir consequências jurídicas, como o casamento, o contrato, o testamento e a renúncia; são os *atos jurídicos*;

b) *ações humanas de efeitos jurídicos involuntários*: são acontecimentos que produzem consequências jurídicas, mas sem qualquer atenção à vontade do homem. O efeito jurídico não é desejado pelo agente, mas ocorre por força de lei. Dentre eles se incluem os *atos ilícitos* de natureza civil, administrativa ou penal.

Assim, os *atos ilícitos* não são *atos jurídicos*, mas pertencem à categoria dos *fatos jurídicos*. Estes compreendem aqueles.

O crime se enquadra na categoria dos atos ilícitos, ao lado dos ilícitos civis e administrativos. Não é um ato jurídico, mas ação humana de efeitos jurídicos involuntários, pertencendo ao vasto esquema dos fatos jurídicos.

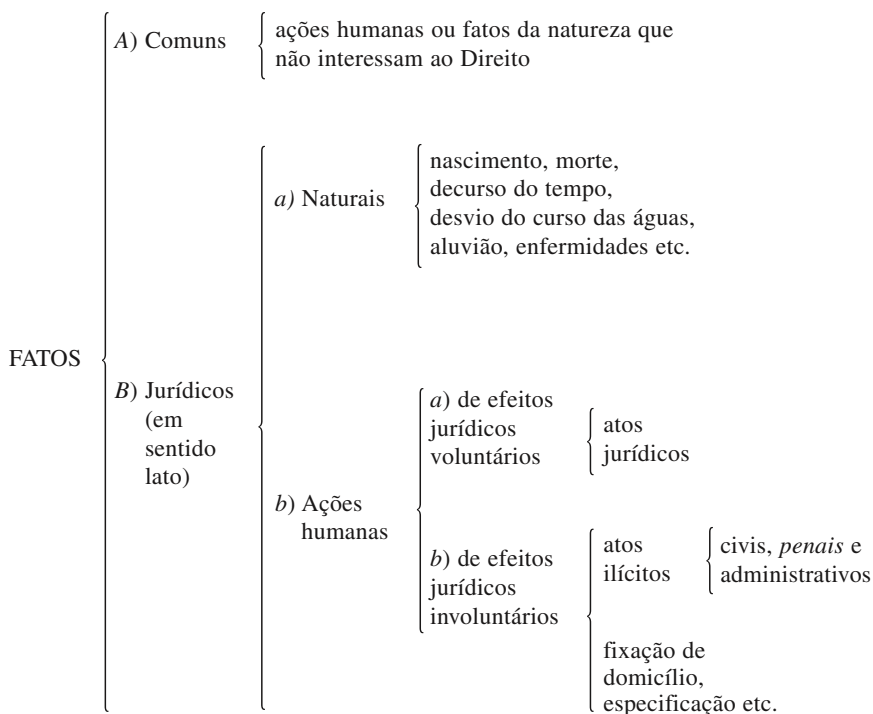
Não é um ato jurídico porque a sanção (pena), que é um efeito jurídico do crime, não é desejada pelo agente. Ele pode voluntariamente cometer um furto, porém a reprimenda penal não recai sobre ele em face de sua

vontade, mas por força de lei. A conduta é voluntária (em sentido amplo); a consequência jurídica, contida no preceito sancionador da norma incriminadora, involuntária¹².

O crime é um ato que contrasta com a ordem jurídica, o que o transforma em *ato ilícito*. Dentro dessa categoria, consubstancia o *ilícito penal*.

Em resumo: o crime, em primeiro lugar, é um fato. Dentre os fatos, constitui um fato jurídico, pois produz efeitos jurídicos, não sendo, assim, indiferente ao Direito. Como fato jurídico, é uma ação (ou omissão) humana de efeitos jurídicos involuntários. Nessa categoria, corresponde ao ilícito penal.

Quadro sinótico:



12. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1956, vol. 2, p. 44, n. 1.

Capítulo XIII

DO SUJEITO ATIVO DO CRIME

1. CONCEITO

Sujeito ativo é quem pratica o fato descrito na norma penal incriminadora.

Só o homem possui capacidade para delinquir. São reminiscências as práticas de processos contra animais ou coisas por cometimento de supostas infrações.

O sujeito ativo do delito não é seu pressuposto ou antecedente nem elemento do tipo. Como ensina José Frederico Marques, por ser o delito ação humana, indubitável que seu sujeito ativo é o homem. Não se trata, porém, de parte inerente à conduta que a lei descreve como crime, e, sim, daquele a quem pode ser atribuída a prática de ação ou omissão que tem a configuração legal do delito. As qualidades pessoais de quem pratica o delito, sua situação particular, as relações que tenha com o ofendido constituem elementos que se referem ao sujeito ativo, mas que não se identificam com este¹.

2. TERMINOLOGIA DA LEI

O CP e o CPP empregam várias denominações para expressar o sujeito ativo do delito.

No direito material usa o legislador a expressão “agente” nos arts. 14, II; 15; 18, I e II; 19; 20, § 3.º; 21, parágrafo único; 23, *caput* e parágrafo único; 26, *caput* e parágrafo único; 28, §§ 1.º e 2.º; 59, *caput*; 61, II; 62, *caput*; 63, *caput*; 65, I e III; 67 etc. do CP.

1. *Tratado de direito penal*, cit., v. 3, p. 15.

Na fase do inquérito policial recebe o sujeito ativo a denominação de “indiciado”. É o que se vê nos arts. 5.º, § 1.º, *b*; 6.º, V, VIII e IX; 10, *caput* e seu § 3.º; 14; 15 e 21 do CPP (direito formal).

Durante o processo recebe o nome de acusado, denunciado ou réu. Usam as expressões acusado ou réu os arts. 185; 195; 260; 261; 263, *caput*, e parágrafo único; 264; 266; 362, parágrafo único; 363; 384; 396; 396-A; 399; 402; 403; 406; 411; 413; 414 do CPP, dentre outras disposições.

O que já sofreu sentença condenatória é chamado sentenciado, preso, condenado, recluso ou detento.

Sob o ponto de vista biopsíquico, recebe o nome de criminoso ou delinquente.

3. DIREITOS E OBRIGAÇÕES

A realização da conduta punível cria para o Estado o direito concreto de punir. Surge a relação jurídico-punitiva. Para o Estado nasce o direito de impor a sanção determinada no preceito secundário da norma penal incriminadora. O cidadão delinquente, de outro lado, tem a obrigação de não obstaculizar a imposição da pena.

Vê-se, pois, que o direito de punir, sob certo aspecto, cria para o Estado uma obrigação: a de impor a sanção penal.

A par do *jus puniendi*, a prática de um crime faz nascer o direito penal de liberdade, de quem é titular o sujeito ativo. O Estado tem a obrigação de não punir o agente senão nos moldes determinados pela *sanctio juris*, ao passo que o criminoso tem o direito de não ser punido além daqueles limites.

Capítulo XIV

DA CAPACIDADE PENAL

1. CONCEITO

Segundo a lição de Petrocelli, capacidade penal é o conjunto das condições exigidas para que um sujeito possa tornar-se titular de direitos ou obrigações no campo de Direito Penal¹.

Distinguem-se capacidade penal e imputabilidade. Aquela se refere a momento anterior ao crime. Esta, a imputabilidade, constitui momento contemporâneo ao delito. Assim, uma pessoa pode ser considerada imputável, presentes os requisitos da imputabilidade no momento da prática do crime, e não ser sujeito de Direito Penal, em face de tornar-se incapaz durante a fase da relação processual. É o que ocorre no caso de doença mental superveniente, regido pelo disposto no art. 152 do CPP².

2. DA INCAPACIDADE PENAL

Ocorre a incapacidade penal nos casos em que não há a qualidade de pessoa humana viva e quando a lei penal não se aplica a determinada classe de pessoas.

Os entes inanimados e os animais não possuem capacidade penal.

3. DA CAPACIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

A pessoa jurídica possui capacidade penal? Pode delinquir?

1. *Principii di diritto penale*, 1944, p. 186.

2. “Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração, o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça...”.

A discussão tem origem na própria conceituação dessa entidade. Várias teorias se propuseram à solução da questão. Dentre elas, são apontadas a *teoria da ficção* e a *teoria da realidade*.

De acordo com a primeira, a personalidade natural não é uma criação do Direito, sendo que este a recebe das mãos da natureza, já formada, e limita-se a reconhecê-la. A personalidade jurídica, ao contrário, somente existe por determinação da lei e dentro dos limites por esta fixados. Faltam-lhe os requisitos psíquicos da imputabilidade. Não tem consciência e vontade próprias. É uma ficção legal. Assim, não tem capacidade penal e, por conseguinte, não pode cometer crimes. Quem por ela atua são seus membros diretores, seus representantes. Estes sim são penalmente responsáveis pelos crimes cometidos em nome dela.

A esse pensamento se contrapõe a *teoria da realidade*, também chamada *teoria organicista*. Vê na pessoa jurídica um ser real, um verdadeiro organismo, tendo vontade que não é, simplesmente, a soma das vontades dos associados, nem o querer dos administradores. Assim, pode a pessoa jurídica delinquir. Além disso, apresenta tendência criminológica especial, pelos poderosos meios e recursos que pode mobilizar.

Aceitávamos a teoria da ficção, afastando-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: *societas delinquere non potest*.

Como dizíamos, fora do homem, não se concebe crime. Só ele possui a faculdade de querer. E, como as pessoas jurídicas só podem praticar atos por meio de seus representantes, para sustentar sua capacidade penal, dever-se-ia reconhecer consciência e vontade com referência ao ente representado³.

A Const. Federal de 1988, em seus arts. 173, § 5.º, e 225, § 3.º, determina que a legislação ordinária estabeleça a punição da pessoa jurídica nos atos cometidos contra a economia popular, a ordem econômica e financeira e o meio ambiente. Embora haja controvérsia quanto ao conteúdo do texto, de reconhecer que deixa margem à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. E a Lei de Proteção Ambiental (Lei n. 9.605, de 12-2-1998), em seus arts. 3.º e 21 a 24, prevê essa responsabilidade. Logo, hoje, em vez de criticar, devemos reconhecer que a legislação penal brasileira admite a responsabilidade criminal de pessoa jurídica e procurar melhorar a nova sistemática. Em suma, alterando a posição anterior, hoje reconhecemos

3. Giulio Battaglini, *Direito penal*; parte geral, trad. Paulo J. da Costa Jr. e Ada P. Grinover, Saraiva, 1964, p. 132 e 133.

invenível a tendência de incriminar-se a pessoa jurídica como mais uma forma de reprimir a criminalidade.

4. DA CAPACIDADE ESPECIAL DO SUJEITO ATIVO

Há crimes que podem ser praticados por qualquer pessoa imputável. Exs.: homicídio, furto, roubo, estelionato, calúnia etc. Outros reclamam determinada posição *jurídica* ou *de fato* do agente para a sua configuração. P. ex., a qualidade de *funcionário público*, que vem conceituada no art. 327 do CP, é indispensável à existência do crime de *peculato* (art. 312), ou de qualquer crime praticado por funcionário público contra a administração em geral. Trata-se de uma *condição jurídica* do sujeito ativo. No crime de autoaborto (art. 124, 1.^a parte), exige-se que a agente seja *gestante*. Cuida-se de uma *condição de fato*. Nestes casos, o sujeito ativo precisa possuir uma *especial capacidade penal*, e os crimes que os constituem recebem a denominação de *próprios* (ou *especiais*), em contraposição aos delitos *comuns*, que podem ser cometidos por qualquer pessoa imputável, não se exigindo dela qualquer condição especial (capacidade penal geral). Por isso são chamados *sujeitos ativos qualificados*.

Os sujeitos ativos qualificados, dos quais se exige capacidade penal especial, são também chamados pessoas qualificadas (*intranei*). Aqueles dos quais se exige tal qualidade não são *destinatários especiais* da norma penal, pois o mandamento proibitivo que ela contém também se dirige aos *extranei*, que podem ser partícipes da conduta punível.

O fenômeno da capacidade especial do sujeito ativo se reveste de relevante interesse na questão do concurso de agentes. Assim, embora sejam *próprios* os crimes de infanticídio e peculato, respondem por eles não somente a mãe ou o funcionário público, respectivamente, mas também o estranho que deles porventura participe.

A par dos crimes *próprios*, há os de *mão própria* ou de *atuação pessoal*. São os que *somente* podem ser praticados pelo autor *em pessoa*. Ex.: o crime de falso testemunho (art. 342). Ninguém pode mandar outrem praticar falso testemunho *em seu lugar*.

Qual a diferença entre crimes próprios e crimes de mão própria?

Nos crimes próprios, o *sujeito ativo* pode determinar a outrem a sua execução (autor), embora possam ser cometidos apenas por um número

limitado de pessoas; nos crimes de mão própria, ninguém os comete por intermédio de outrem⁴.

5. DA CAPACIDADE PENAL ESPECIAL EM FACE DAS NORMAS PERMISSIVAS

A lei penal, em determinados casos de exclusão de crime ou de pena, exige certas qualidades do agente. Assim, só há aborto legal quando praticado por *médico* (art. 128). O art. 142, I, permite a *libertas convicii* em relação à difamação e à injúria somente quando a ofensa é irrogada em juízo, na discussão da causa, “pela parte ou por seu procurador”. O inciso III do mesmo artigo exclui a antijuridicidade da difamação e da injúria quando o ato consiste em conceito desfavorável emitido por *funcionário público* em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício. Nos crimes contra o patrimônio ocorre escusa absolutória (causa de exclusão de pena) quando o fato é praticado em prejuízo “do cônjuge, na constância da sociedade conjugal”, ou “de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo, seja civil ou natural” (art. 181, I e II).

Nas disposições citadas (normas permissivas), o legislador exige uma *legitimação* própria do agente: ser médico, funcionário público, cônjuge do sujeito passivo (ou prejudicado pelo crime) etc. Assim, se um cidadão não médico pratica um aborto sentimental, não pode invocar a hipótese prevista no art. 128, II, pois lhe falta a qualidade pessoal requerida pela norma.

4. Nos delitos de mão própria, ensina Maurach, os estranhos podem intervir como partícipes, mas não como autores. Cita os crimes de incesto e de prevaricação (*Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, v. 1, p. 287, nota 18).

Capítulo XV

DO SUJEITO PASSIVO DO CRIME

1. CONCEITO

Sujeito passivo é o titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime¹. Para que seja encontrado é preciso indagar qual o interesse tutelado pela lei penal incriminadora. No crime de homicídio, p. ex., o bem protegido pela norma é o direito à vida, e o homem é o seu titular. Dessa forma, o homem é o seu sujeito passivo. No autoaborto também é tutelado o direito à vida, mas o titular desse interesse jurídico é o feto, que, assim, é o sujeito passivo. No crime de bigamia (art. 235) é tutelada a ordem jurídica matrimonial que se assenta no casamento monogâmico. Titulares desse bem jurídico são o Estado, o cônjuge do primeiro casamento e o contraente do segundo, quando de boa-fé, que são os sujeitos passivos (Magalhães Noronha). Na prevaricação (art. 319), a punição protege a administração pública, que tem no Estado o seu titular, sendo ele o sujeito passivo.

2. ESPÉCIES: a) **Sujeito passivo constante ou formal**; b) **Sujeito passivo eventual ou material**

Se o crime é, sob o aspecto formal, a violação da norma penal, substancialmente é a lesão de um bem por ela tutelado. Assim, sempre há um sujeito passivo juridicamente *formal* em todo crime, pelo simples fato de ter sido praticado, independentemente de seus efeitos. Esse sujeito passivo formal é o Estado, titular do mandamento proibitivo não observado pelo sujeito ativo. Por outro lado, considerado o crime sob o prisma material, há

1. Conceito de Antolisei, acatado por Asúa (Antolisei, ob. cit., p. 137; Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 3, p. 89).

sempre aquele que sofre a lesão do bem jurídico de que é titular (vida, integridade física, honra, patrimônio etc.).

Desta forma, existem duas espécies de sujeito passivo:

a) sujeito passivo constante, geral, genérico ou formal, que é o Estado;

b) sujeito passivo eventual, particular, acidental ou material, que é o titular do interesse penalmente protegido.

Quem pode ser sujeito passivo material do crime?

O homem, a pessoa jurídica, o Estado e a coletividade. Exs.:

No crime de lesão corporal (art. 129) o homem é o sujeito passivo. Na fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (art. 171, § 2.º, V), sujeito passivo material é a companhia de seguro (pessoa jurídica). Na advocacia administrativa (art. 321) é o Estado. Na incitação ao crime (art. 286) é a coletividade ou o Estado. Os crimes em que os sujeitos passivos materiais são coletividades destituídas de personalidade jurídica, como a família, o público ou a sociedade, são denominados *vagos*.

3. POSIÇÕES DO ESTADO

O Estado, como sujeito passivo do crime, pode assumir as seguintes posições:

a) sujeito passivo genérico, geral, constante, formal ou mediato, como em todos os crimes; ex.: crime de homicídio, em que é lesado diretamente um interesse particular;

b) sujeito passivo único, nos casos em que há lesão a interesse exclusivo do Estado; ex.: crimes de rebelião ou sedição;

c) sujeito passivo, junto a outro sujeito passivo em que se personifica a autoridade ou a função do Estado, como nos atentados às autoridades públicas;

d) sujeito passivo, junto a outro sujeito passivo cujos interesses são lesados no âmbito da lesão do interesse estatal, como no crime de moeda falsa (art. 289)².

Como se observa, em alguns casos, o Estado aparece como sujeito passivo material junto a outro sujeito passivo material, que é o particular. Ex.: peculato (art. 312). Sujeito passivo material é o Estado, titular do obje-

2. Asúa, ob. cit., v. 3, p. 92. José Frederico Marques, ob. cit., v. 2, p. 35.

to jurídico, que é a administração pública. Entretanto, pertencendo o objeto material (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel) a um particular, também este é sujeito passivo material do delito.

4. A QUESTÃO DO INCAPAZ, DA PESSOA JURÍDICA, DO MORTO, DO FETO, DOS ANIMAIS E COISAS INANIMADAS

Todo homem, como criatura viva, pode ser sujeito passivo material de crime, quaisquer que sejam suas condições biopsíquicas permanentes (idade, sexo, raça, inteligência etc.), transitórias (vida intrauterina), ou momentâneas (sono, estado de ebrio etc.). Não importam também suas condições jurídicas: de cidadania, de família ou de restrições legais civis ou penais³.

Dessa forma, é indubitável que o *incapaz* pode ser sujeito passivo do delito. O recém-nascido pode ser vítima de infanticídio (art. 123); o menor em idade escolar é o sujeito passivo do abandono intelectual (art. 246); o demente pode ser vítima de homicídio (art. 121). Como ensinava Manzini, se a observância de um mandamento penal pressupõe necessariamente um mínimo de aptidão psicológica adequada, este mínimo não é em absoluto necessário para poder sofrer as consequências danosas ou perigosas da violação do mesmo preceito. A ausência de tais condições elementares no sujeito não o faz incapaz de ser titular de interesses jurídicos que o crime pode lesar ou expor a um perigo e que o direito privado reconhece, integrando a capacidade deficiente da pessoa com os institutos do poder familiar, da tutela e da curatela⁴. Em resumo, o incapaz pode ser sujeito passivo do delito porque é titular de direito, como a vida, a integridade física etc.

A pessoa jurídica, como vimos, também pode ser sujeito passivo material do delito, desde que a descrição típica não pressuponha uma pessoa física. Assim, uma indústria pode ser vítima de furto, de dano ou de violação de sua correspondência comercial.

Dissentem os autores quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo dos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria).

Maggiore e Manzini ensinam que ela não tem sentimento de dignidade própria, pois é uma entidade abstrata. Os seus representantes ou dire-

3. Enrique Ferri, *Principios de derecho criminal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, 1. ed., Madrid, Ed. Reus, 1933, p. 375.

4. Ob. cit., p. 22.

tores, na qualidade de pessoas físicas, é que se podem dizer lesados em sua honra, quando a ofensa à entidade os fira. Outros autores, em sentido diverso, afirmam que pode ser sujeito passivo da difamação ou injúria, uma vez que possui patrimônio particular e até mesmo honra. Uma terceira corrente entende que a pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo de calúnia e injúria, pois não pode ser sujeito ativo do crime (o que a calúnia pressupõe) nem possui honra subjetiva (objeto jurídico da injúria), podendo ser vítima de difamação em face de possuir, inegavelmente, reputação, boa fama (honra objetiva).

Seguimos esta última orientação. De fato, a pessoa jurídica não pode ser caluniada no tocante a crimes comuns, como homicídio, furto, lesão corporal etc., pois calúnia é a falsa imputação de fato definido como crime (art. 138). Se caluniar é atribuir a alguém a prática de um *crime*, e se somente o homem pode ser sujeito ativo de crime comum, é evidente que só ele pode ser caluniado. Dessa maneira, a imputação caluniosa dirigida a uma pessoa jurídica se resolve em calúnia contra as pessoas que a dirigem. De ver, contudo, que a pessoa jurídica pode ser vítima de calúnia em relação aos delitos ambientais, uma vez que a Lei n. 9.605, de 12-2-1998, admite sua responsabilidade penal nos arts. 3.º e 21 a 24. O mesmo ocorre, no tocante à inadmissibilidade, em relação ao crime de injúria, que tutela a honra subjetiva, que é o nosso sentimento de dignidade e decoro próprios. Não se pode dizer que a pessoa jurídica possui *consciência* de seu valor moral ou social, ou da própria dignidade ou decoro. Assim, o fato se resolve em ofensa à honra subjetiva das pessoas que compõem o núcleo unitário.

Não há dificuldade quanto à difamação, pois não se cuida de atribuir à pessoa jurídica a prática de um crime ou uma qualidade injuriosa. Por outro lado, como bem observava Magalhães Noronha, não se contesta que a pessoa jurídica goza de reputação e conceito; p. ex., uma sociedade comercial que tem renome, crédito, boa fama etc., que podem ser abalados por campanha difamatória, ainda que o difamador excetue a *pessoa* de seus componentes e atribua os fatos à *entidade* ou *organização*⁵. Na mesma linha de orientação, afirmava Euclides Custódio da Silveira que à pessoa jurídica não se pode

5. *Direito penal*, 18. ed., São Paulo, Saraiva, 1980, v. 2, p. 133. Não obstante essa consideração, dizia o autor: “Estamos que o Código, em seu Tít. I — ‘Dos crimes contra a pessoa’ — refere-se tão só à criatura humana” (p. 133). Mas, quando estuda o crime de *correspondência comercial* (art. 152), que se inclui no Tít. I da Parte Especial do Código, afirma que a correspondência que se tutela é a comercial, “devendo entender-se por isso, nos termos do dispositivo, tanto a pertencente a estabelecimento *comercial* como a *industrial*” (ob. cit., p. 199).

“recusar uma reputação ou boa fama, cuja lesão reflete sempre em seu patrimônio, podendo mesmo levá-la à falência ou concordata, situação sempre desfavorável à honra objetiva”⁶.

É certo que a definição legal do art. 139 fala em “alguém”. Mas “alguém” significa “alguma pessoa”, em face do que se pode entender que o tipo cuida de toda espécie de pessoa, seja física, seja jurídica.

A verdade, entretanto, é que na doutrina mais recente vai generalizando-se a tendência de que as pessoas jurídicas têm capacidade para sofrer ofensa à honra. Como lembrava Aníbal Bruno, os autores modernos, especialmente na Alemanha e Suíça, decerto sob a influência do conceito sociológico desse bem jurídico, procuram incluir no grupo dos sujeitos passivos desse gênero outras coletividades organizadas, dirigidas a um fim de ordem comum e, assim, apresentando-se como um valor social. E não só pessoas jurídicas, mas ainda outros conjuntos de pessoas naturais organicamente constituídos, com a consciência de uma dignidade própria e projetando-se com essa estrutura unitária na comunidade social. Tipo dessa espécie seria, para alguns autores, a família⁷.

De ver que nossas leis têm considerado a pessoa jurídica como sujeito passivo de crimes contra a honra. O Decreto-lei n. 4.776, de 1.º-10-1942, considerou a “Nação, o Governo, o regime e as instituições” como vítimas de calúnia e injúria. A antiga Lei de Imprensa (Lei n. 2.083, de 12-11-1953), em seu art. 9.º, parágrafo único, descrevia os crimes de calúnia, difamação e injúria quando praticados contra *entidades* que exerciam autoridade pública. A Lei n. 5.250, de 9-2-1967, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei n. 510, de 20-3-1969, que sucedeu a legislação acima mencionada, em seu art. 23, III, determinava que as sanções previstas nos preceitos secundários das normas que definiam os crimes de calúnia, difamação e injúria eram aumentadas de um terço se qualquer deles fosse “cometido contra órgão ou entidade* que exerça função de autoridade pública”. É de ver que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a atual ordem constitucional. O Tribunal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, retirou-a do ordenamento jurídico. Com isso, as regras do Código Penal passaram a ter incidência no que toca aos delitos contra a honra praticados por meio da imprensa (ou seja, através dos meios de comunicação social).

6. Crimes contra a pessoa, in *Direito penal*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 228.

7. Aníbal Bruno, ob. cit., v. 4, p. 291.

* Na publicação oficial consta “autoridade”.

O homem morto não pode ser sujeito passivo, pois não é titular de direitos, podendo ser objeto material do delito.

De observar que, à primeira vista, parece que o morto pode ser vítima de crimes contra a honra, em face de o art. 138, § 2.º, do CP dizer que “é punível a calúnia contra os mortos”. Acontece, porém, que o ultraje à memória dos mortos reflete nas pessoas de seus parentes, que são os sujeitos passivos.

Nos crimes de destruição, subtração, ocultação e vilipêndio a cadáver (arts. 211 e 212), o sujeito passivo é a coletividade, e, em particular, a família do morto.

O homem pode ser sujeito passivo mesmo antes de nascer, pois o feto tem direito à vida, sendo esta protegida pela punição do aborto (arts. 124, 125 e 126).

Os animais e as coisas inanimadas podem ser objeto material do delito, mas não sujeito passivo. Disso resulta que em caso de lesão a coisas ou animais, sujeitos passivos são seus proprietários (furto, dano etc.). Em certos casos é a coletividade, como no crime de crueldade contra animais (Lei n. 9.605/98, art. 32).

5. A PESSOA PODE SER AO MESMO TEMPO SUJEITO ATIVO E PASSIVO DO DELITO EM FACE DE SUA PRÓPRIA CONDUTA?

O homem pode praticar atos que transformam suas relações sociais com outros homens, de caráter religioso, político, jurídico, moral etc. Pode também praticar condutas sobre sua própria pessoa ou coisas. P. ex.: a morte (suicídio, que em si não é crime), a autolesão, a autoacusação falsa (art. 341), a danificação de coisa própria etc.

Daí perguntar-se: pode o sujeito ativo ser ao mesmo tempo sujeito passivo de algum crime em face de sua própria conduta?

Não. O homem não pode cometer crime contra si mesmo. As condutas ofensivas contra a própria pessoa, quando são definidas como crime, lesam interesses jurídicos de outros. Assim, aquele que “lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro” (art. 171, § 2.º, V) não pratica o crime contra si mesmo, sendo apenas seu sujeito ativo: sujeito passivo é a entidade seguradora contra quem se dirige a fraude. Quem pratica automutilação para se subtrair ao serviço militar (CPM, art. 184) não é sujeito passivo do delito: titular do bem jurídico é o Estado. No crime de incêndio, nada obsta que o sujeito ativo seja o proprietário da coisa incendiada, pondo em risco a incolumidade pública (art. 250). Neste caso, sujeito passivo não é o dono do ob-

jeto material, mas a coletividade, a comunidade social ameaçada ou lesada em sua incolumidade. Na autoacusação falsa (art. 341), o agente é o auto-acusador; sujeito passivo é o Estado no que concerne à administração da justiça.

Aspecto interessante oferece o crime de rixa (art. 137), em que os corrixosos são, a um tempo, sujeitos ativos e passivos. Não é, porém, exceção à regra. Trata-se de crime plurissubjetivo de condutas contrapostas ou convergentes, em que os rixantes (sujeitos ativos) não são sujeitos passivos da própria ação, mas da ação dos outros. O rixoso é sujeito ativo em relação à sua própria conduta; é sujeito passivo em razão da coautoria ou participação dos outros. É ativo porque o seu procedimento põe em risco a saúde e a integridade física dos outros rixosos; é passivo porque, no desenrolar do entrevero, é exposto ao mesmo perigo pela conduta dos outros.

Na contravenção de embriaguez o agente não seria sujeito ativo e passivo ao mesmo tempo?

Diz o art. 62 da LCP: “Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou *ponha em perigo a segurança própria ou alheia*” [grifo nosso]. Nota-se que uma das formas de realizar-se a infração é o sujeito pôr em perigo a própria segurança. Diante disso, não seria ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo em face da própria conduta?

Cremos que não. A contravenção de embriaguez está prevista no capítulo das infrações “relativas à Polícia de Costumes”, que tem o Estado como titular. Assim, o ébrio funciona como sujeito ativo, enquanto o Estado é o passivo, ainda quando aquele expõe a própria segurança a perigo de dano.

No autoaborto (CP, art. 124), a gestante é sujeito ativo; o feto, o passivo. Ela não é também sujeito passivo do crime porque não se pune a autolesão.

6. SUJEITO PASSIVO E PREJUDICADO PELO CRIME

Já dizia Ferri que sujeito passivo e prejudicado não são necessariamente a mesma pessoa, ainda que isto ocorra na maioria dos casos. Assim, no homicídio, sujeito passivo é o homem cujo direito à vida foi lesado; prejudicado é o cônjuge ou o parente do falecido⁸. No crime de moeda falsa, sujeito passivo é o Estado, junto ao qual pode aparecer outro sujeito, o prejudicado, a quem se entregou a moeda. No crime de furto, tem a qualidade de sujeito

8. Ob. cit., p. 376. Veja também José Frederico Marques, ob. cit., v. 2, p. 36.

passivo aquele contra quem o ato é imediatamente praticado, mesmo que não seja o proprietário da *res*⁹.

Prejudicado é, pois, qualquer pessoa a quem o crime haja causado um prejuízo, patrimonial ou não, tendo por consequência direito ao ressarcimento, enquanto o sujeito passivo é o titular do interesse jurídico violado, que também tem esse direito (salvo exceções).

9. V. *Justitia*, 38:228. Trata de um caso em que o dono de uma oficina onde estava depositada a coisa subtraída foi ouvido no processo como vítima e não como testemunha. O Procurador de Justiça Afonso L. Borroul Sangirardi entendeu acertadamente que o depositário “não era uma simples testemunha numerária”, mas vítima.

Capítulo XVI

DO OBJETO DO DELITO

1. CONCEITO

Objeto do delito é aquilo contra que se dirige a conduta humana que o constitui. Para que seja determinado, é necessário que se verifique o que o comportamento humano visa.

2. ESPÉCIES: a) **Objeto jurídico**; b) **Objeto material**

Objeto jurídico do crime é o bem ou interesse que a norma penal tutela. É o bem jurídico, que se constitui em tudo o que é capaz de satisfazer as necessidades do homem, como a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio etc.

Objeto material é a pessoa ou coisa sobre que recai a conduta do sujeito ativo, como o homem vivo no homicídio, a coisa no furto, o documento na falsificação etc.

Às vezes, o sujeito passivo coincide com o objeto material. É o que ocorre no homicídio, em que o homem é o titular do objeto jurídico (direito à vida) e, ao mesmo tempo, objeto material sobre o qual a ação incide materialmente. Mas, mesmo nesses casos, como observava Aníbal Bruno, não se confundem as noções jurídicas do sujeito passivo e do objeto material do crime¹. Já no furto, a coisa é o objeto material; o *dominus* ou o possuidor, o sujeito passivo.

A ausência ou a impropriedade absoluta do objeto material faz surgir

1. Ob. cit., 3. ed., 1978, v. 1, t. 2, p. 212.

a figura do crime impossível ou quase crime (CP, art. 17: o denominado objeto material impróprio).

Há crime sem objeto material?

Há, como o falso testemunho e o ato obsceno.

Capítulo XVII

DO TÍTULO DO DELITO

1. CONCEITO

Título do delito é a denominação jurídica do crime (*nomen juris*), que pressupõe todos os seus elementos.

É encontrado na *indicação marginal* da figura típica fundamental. Assim, no art. 121, *caput*, do CP, temos o *nomen juris* “homicídio simples”; no 155, “furto”; no 312, “peculato”; no 345, “exercício arbitrário das próprias razões” etc. Desde que o título indica as elementares do crime, vê-se que as denominações homicídio qualificado (art. 121, § 2.º), lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º), furto qualificado (art. 155, § 4.º), dano qualificado (art. 163, parágrafo único) etc. não indicam *títulos* de crimes, mas figuras típicas qualificadas dos mesmos, constituídas de circunstâncias legais especiais. Assim, no art. 121, *caput*, temos a indicação marginal *homicídio simples*, a qual condensa as elementares “matar alguém”. Já no § 2.º (homicídio qualificado) são acrescentadas ao *título* determinadas circunstâncias, como o motivo fútil, torpe, a traição, a emboscada etc.

2. ESPÉCIES

O título pode ser:

- a) genérico;
- b) específico.

Há *título genérico* quando a incriminação se refere a um gênero de fatos, os quais recebem títulos particulares. Ex.: o fato de matar alguém constitui *crime contra a vida* (rubrica do art. 121), que é o seu título genérico; o *nomen juris* “homicídio” é o seu *título específico*.

3. IMPORTÂNCIA

Qual a importância do título do delito?

O disposto no art. 30, *in fine*¹, que trata da comunicabilidade das elementares de natureza subjetiva, só se aplica ao *título* do crime (figura típica fundamental), não incidindo sobre os tipos privilegiados e qualificados.

Exs.: *A*, funcionário público, em concurso com *B*, comerciante, praticam um peculato (*título* do crime do art. 312). Em face do art. 30, os dois respondem por peculato (a elementar *funcionário público*, de caráter pessoal, é comunicável).

Suponha-se que *A* e *B* pratiquem um homicídio, em que o primeiro tenha a seu favor motivo de relevante valor moral (art. 121, § 1.º), não estando presentes na conduta do segundo as circunstâncias de natureza subjetiva do delito privilegiado (ausente qualquer qualificadora). *A* responde por homicídio privilegiado, ao passo que *B* subsume ao seu comportamento a descrição legal do tipo fundamental (art. 121, *caput*). O privilégio não se contém no *título do delito*, e, assim, é incomunicável entre os coautores.

A, com abuso de confiança, em concurso com *B* (sem o abuso), praticam um furto. *A* responde por furto qualificado, nos termos do art. 155, § 4.º, II (1.ª figura) e IV (concurso agravante). *B* responde também por furto qualificado, mas somente em face do art. 155, § 4.º, IV. Sobre ele não incide a qualificadora do abuso de confiança, pois, de acordo com a regra do art. 30, os elementos de caráter pessoal só se comunicam entre os autores quando *elementares* do crime, o que não ocorre no caso, pois o abuso não é elemento do furto, mas *circunstância* qualificadora. Desta forma, as circunstâncias de caráter pessoal (subjetivo), que não integram o *título do delito*, são incomunicáveis entre os coautores.

O art. 384, *caput*, do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008), reza que “encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de *elemento* ou *circunstância* da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente” [grifos nossos]. Como se vê, o legislador cuida das elementares, que se contêm no título, e das circunstâncias.

1. Art. 30 do CP: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Capítulo XVIII

DA CLASSIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS

1. A CLASSIFICAÇÃO TRIPARTIDA

A legislação penal francesa classifica a *infração* em crimes, delitos e contravenções. É a classificação tripartida, adotada também na Alemanha, na extinta União Soviética, Hungria, România e Dinamarca.

2. A CLASSIFICAÇÃO BIPARTIDA. HÁ DIFERENÇA ENTRE CRIME E CONTRAVENÇÃO?

É a mais adotada pelas legislações penais. Segundo ela as *infrações* (crimes em sentido lato) se dividem em crimes e contravenções. É o sistema adotado pelo nosso Direito. Os crimes estão descritos no CP e em leis extravagantes; as contravenções, na LCP e em leis especiais.

Há diferença entre crime e contravenção?

Já dizia Nélson Hungria que a insuficiência das proposições doutrinárias que tentam diferenciar qualitativamente o crime da contravenção faz com que se conclua: não há diferença intrínseca, ontológica ou essencial entre eles. Não são categorias que se distinguem pela sua natureza, mas realidades que se diversificam pela sua maior ou menor gravidade. A questão reside na *quantidade* da infração, não em sua *substância*. É o critério quantitativo. As contravenções são condutas que, comparadas com os crimes, apresentam menor gravidade, pelo que ensejam punição menos severa. Como ensinava Ferri, entre delito e contravenção não há uma diferença substancial do ponto de vista jurídico: um e outra são infrações das normas penais, ditadas pela necessidade de defesa social contra ações lesivas ou perigosas

à segurança ou prosperidade pública ou privada. Assim, não há outro critério positivo e seguro de distinção além do concernente à sanção repressiva estabelecida pelo Código ou por lei especial para uma ou outra espécie de infração¹. Cabe, pois, ao legislador, considerando a relevância dos interesses jurídicos, determinar quais os crimes e contravenções.

Adotando o critério pelo qual a diferença é apenas quantitativa, dispunha o art. 1.º da LICP de 1940: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

1. Ob. cit., p. 548.

Capítulo XIX

DA QUALIFICAÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA DOS CRIMES

1. QUALIFICAÇÃO CRIMINAL DA INFRAÇÃO E DO FATO

Qualificação é o nome dado ao fato ou à infração pela doutrina ou pela lei. Há a qualificação legal e a qualificação doutrinária. A primeira se refere ao fato ou à infração (José Frederico Marques).

Qualificação do fato é o *nomen juris* da infração. Assim, “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” recebe o nome de “lesão corporal” (art. 129, *caput*); “trazer consigo arma” branca “fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade”, é denominado “porte de arma” (LCP, art. 19, *caput*).

Qualificação da infração é o nome que recebe a modalidade a que pertence o fato: crime ou contravenção. A “lesão corporal” é qualificada crime; o “porte de arma” branca, contravenção.

Ao lado dessas qualificações legais, há a doutrinária.

2. QUALIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

É o nome dado ao fato delituoso pela doutrina, como crime formal, de dano, permanente, próprio etc. Conforme esclarecia José Frederico Marques, além das qualificações legais, a doutrina apresenta outras, tiradas do trabalho construtivo de sistematização científica da teoria do crime. Existem, por isso, vários nomes de delitos indicando categorias dogmático-jurídicas onde distinções se estabelecem em razão dos múltiplos elementos essenciais da norma penal e da infração, da estrutura desta e de seu conteúdo¹.

1. *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 2, p. 330.

A lei e a doutrina distinguem diversas espécies de crimes, a saber:

3. CRIMES COMUNS E ESPECIAIS

Crimes comuns são os descritos no Direito Penal Comum; especiais, os definidos no Direito Penal Especial.

4. CRIMES COMUNS E PRÓPRIOS

Crime comum é o que pode ser praticado por qualquer pessoa. Exs.: homicídio, furto, estelionato etc.

Crime próprio é o que só pode ser cometido por determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal, questão que já estudamos no capítulo da “capacidade especial do sujeito ativo”.

O crime próprio pode exigir do sujeito uma particular condição *jurídica* (acionista, funcionário público); *profissional* (comerciante, empregador, empregado, médico, advogado); de *parentesco* (pai, mãe, filho); ou *natural* (gestante, homem).

5. CRIMES DE MÃO PRÓPRIA OU DE ATUAÇÃO PESSOAL

São os que só podem ser cometidos pelo sujeito em pessoa. Exs.: falso testemunho e prevaricação.

Estão descritos em figuras típicas que, diante de seu injusto, são necessariamente formuladas de tal maneira que o autor só pode ser quem esteja em situação de realizar imediata e corporalmente a conduta punível. Assim, a testemunha notificada não pode pedir a terceiro que deponha falsamente em seu lugar. O funcionário público não pode pedir a terceiro que deixe de realizar ato de ofício em seu lugar, a fim de atender sentimento pessoal (prevaricação). O soldado não pode solicitar a terceiro que fuja em seu lugar (crime de deserção).

Os estranhos, nos crimes de mão própria ou de conduta infungível, podem intervir como partícipes, mas não como autores². Assim, nada obsta que responda por deserção a pessoa não qualificada que induza soldado a fugir.

2. Maurach, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, v. 1, p. 287.

A diferença entre crimes próprios e de mão própria já foi estudada no item da “capacidade penal especial do sujeito ativo”.

6. CRIMES DE DANO E DE PERIGO

Crimes de dano são os que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico. Exs.: homicídio, lesões corporais etc.

Crimes de perigo são os que se consumam tão só com a possibilidade do dano. Exs.: perigo de contágio venéreo (art. 130, *caput*); rixa (art. 137); incêndio (art. 250) etc.

O perigo pode ser:

- a) presumido ou concreto;
- b) individual ou comum (coletivo).

Perigo presumido (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão. Ex.: o fato de “deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida”, que se encontra ao desamparo, constitui crime de omissão de socorro (art. 135). O perigo é presumido. Decorre da simples inércia do sujeito.

Perigo concreto é o que precisa ser provado. Ex.: no art. 134 há a definição legal do crime de exposição ou abandono de recém-nascido. O perigo, no caso, não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado.

Perigo individual é o que expõe ao risco de dano o interesse de uma só pessoa ou de um limitado número de pessoas. É o resultado dos crimes contra a incolumidade individual. Ex.: perigo de contágio venéreo (art. 130).

Perigo comum (ou coletivo) é o que expõe ao risco de dano interesses jurídicos de um número indeterminado de pessoas. Constitui o resultado dos crimes contra a incolumidade pública. Ex.: incêndio (art. 250).

Perigo atual é o que está ocorrendo, como no estado de necessidade (“Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual...” — art. 24).

Perigo iminente é o que está prestes a desencadear-se (o art. 132 do CP emprega a expressão “perigo iminente”).

Perigo futuro (ou mediato) é o que, embora não existindo no presente, pode advir em ocasião posterior.

7. CRIMES MATERIAIS, FORMAIS E DE MERA CONDUTA

O resultado é comumente tomado em dois sentidos: naturalístico e normativo ou jurídico. De acordo com a concepção naturalística, o resultado é a modificação do mundo exterior causada pelo comportamento humano, sendo estranha a qualquer valor e excluindo qualquer apreciação normativa. Em face da concepção jurídica (ou normativa), o resultado se identifica com a ofensa ao interesse tutelado pela norma penal (afetação jurídica). Assim, para a teoria normativa não há crime sem resultado, pois todo delito produz dano ou perigo de dano a um bem jurídico que ou é causado pela conduta, ou coincide cronologicamente com ela. Então, tanto nos crimes denominados formais quanto nos materiais haveria sempre um resultado. Pelo contrário, para a teoria naturalística, há crime sem resultado, pois, não obstante inexistir delito sem perigo ou dano ao interesse jurídico, há crimes cuja existência não depende da verificação de um acontecimento distinto da ação ou omissão. Há crimes em que o tipo descreve a conduta do agente e a modificação do mundo exterior causada por ela (resultado material). Outros descrevem apenas o comportamento do sujeito, não fazendo referência a qualquer mudança no mundo externo produzida por ela. De observar que a modificação no mundo externo (resultado naturalístico) não se contém na ação, *i. e.*, a ação é uma modificação do mundo externo, mas a mudança que constitui o evento não é a da ação, mas a causada por ela. Como dizia Petrocelli, o resultado é “una modificazione del mondo esterno che segue a quell'altra modificazione del mondo che è l'azione”³. No homicídio há a ação (p. ex., desfechar tiros de revólver) e o resultado material (morte). O fato se compõe do comportamento humano e da modificação do mundo externo operada por ele. Na violação de domicílio, porém, o tipo só contém a descrição da conduta, sem referência a qualquer modificação do mundo exterior. É um crime sem resultado naturalístico.

Às vezes, não obstante a ação se dirigir à produção de um resultado, a impaciência do legislador o leva a antecipar o momento consumativo do crime. É o que ocorre na ameaça (art. 147), que se consuma quando o sujeito passivo toma conhecimento do mal pronunciado pelo agente, independentemente da produção do evento a que a ação se dirige, que é a intimidação.

Em face do exposto, há crimes:

a) de mera conduta (sem resultado naturalístico);

3. *Principii di diritto penale*, 1944, v. 1, p. 326.

b) formais (de evento naturalístico cortado ou de consumação antecipada);

c) materiais (de resultado).

Distinguem-se os crimes formais dos de mera conduta. Estes são sem resultado; aqueles possuem resultado, mas o legislador antecipa a consumação à sua produção. No *crime de mera conduta* o legislador só descreve o comportamento do agente. Exs.: violação de domicílio (art. 150), desobediência (art. 330) e reingresso de estrangeiro expulso (art. 338). No *crime formal* o tipo menciona o comportamento e o resultado, mas não exige a sua produção para a consumação. Exs.: crimes contra a honra, ameaça, divulgação de segredo, violação de segredo profissional etc. No *crime material* o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação. Exs.: homicídio, infanticídio, aborto, participação em suicídio, lesão corporal, furto, roubo etc.

Encontramos essa orientação em Grispligni, que diferenciava os crimes formais dos de mera conduta. Estes são crimes sem resultado naturalístico. Aqueles e os materiais são de resultado, mas se diferenciam. Às vezes, diz, o crime requer como elemento não que se verifique efetivamente determinado resultado ofensivo, mas somente que a conduta se dirija à produção de determinado resultado ofensivo, sendo indiferente para a consumação que aquele haja ou não ocorrido. Assim, os crimes se distinguem em materiais e formais. São delitos materiais aqueles que para a consumação a lei reclama a verificação do resultado querido pelo agente, que consiste na lesão de fato do bem. São delitos formais aqueles que, não obstante reclame a lei que a vontade do agente se dirija à produção de um resultado que constituiria uma lesão do bem, não exigem para a consumação que esse resultado se verifique. Ao lado dos crimes materiais e formais estão os de mera conduta, sem resultado⁴.

O crime de extorsão é formal ou material?

O tipo menciona a conduta do sujeito e o resultado pretendido (o constrangimento e a obtenção de indevida vantagem econômica — art. 158). Não exige que o agente obtenha a indevida vantagem econômica, pois emprega a expressão “com o intuito de obter”. Trata-se, pois, de crime formal, consumando-se com o ato anterior ao evento pretendido (ação ou omissão da vítima).

E o estelionato (art. 171)?

É o crime material. Descreve a conduta (induzir ou manter alguém em erro, mediante ardil, artifício ou qualquer outro meio fraudulento) e o resultado (vantagem ilícita em prejuízo alheio). Enquanto na extorsão o tipo

4. *Direito penal*, v. 2, p. 100.

menção a expressão “com o intuito de obter”, no estelionato o núcleo é o verbo “obter”. Logo, não basta o intuito, exigindo-se que o sujeito “obtenha” a vantagem ilícita. Daí a qualidade de crime material.

Na difamação, que consiste no fato de “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”, a ação consiste no ato da difamação; o resultado, na ofensa material da honra objetiva. Para que haja consumação, porém, não é preciso que ocorra o evento naturalístico, que consiste na crença do terceiro no fato que o agente lhe dá conhecimento.

Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, que concede primazia ao resultado jurídico, perde relevância a classificação de crimes materiais, formais e de mera conduta.

8. CRIMES COMISSIVOS E OMISSIVOS

Crimes comissivos são os praticados mediante ação; *omissivos*, mediante inação. Nos primeiros, o sujeito faz alguma coisa; nos segundos, deixa de fazê-la. O critério divisor se baseia no comportamento do sujeito.

A mata *B* ministrando veneno em sua alimentação. Temos um crime comissivo, pois o meio de execução se constituiu de ação, de um comportamento positivo.

A deixa de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada. Comete o crime de omissão de socorro (art. 135). É um crime omissivo.

A mãe pode suprimir a vida do filho com instrumento ou mediante privação de alimentos. No primeiro caso há um crime comissivo; no segundo, comissivo por omissão.

Daí os crimes, sob o aspecto da ação, dividirem-se em:

- a) comissivos propriamente ditos;
- b) comissivos por omissão.

Os crimes omissivos possuem as seguintes categorias:

- a) crimes omissivos próprios;
- b) crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão;
- c) crimes de conduta mista.

Crimes	{	A) Comissivos	{	a) propriamente ditos
			{	b) por omissão
		B) Omissivos		a) próprios
			{	b) impróprios (comissivos por omissão)
				c) de conduta mista

Crimes omissivos próprios ou de pura omissão se denominam os que se perfazem com a simples abstenção da realização de um ato, independentemente de um resultado posterior. O resultado é imputado ao sujeito pela simples omissão normativa. Ex.: omissão de socorro (art. 135), que se consuma com a abstenção de prestação de assistência ao necessitado, não se condicionando a forma simples a qualquer evento posterior.

Crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão) são aqueles em que o sujeito, mediante omissão, permite a produção de um resultado posterior, que os condiciona. Nesses crimes, em regra, a simples omissão não constitui crime. É o exemplo da mãe que deixa de alimentar o filho, causando-lhe a morte⁵.

Por último, denominam-se *crimes de conduta mista* os omissivos próprios que possuem fase inicial positiva. Há uma ação inicial e uma omissão final. Ex.: apropriação indébita de coisa achada — art. 169, parágrafo único, III: “Na mesma pena incorre quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de quinze dias”. Pode ter uma conduta inicial positiva (invenção e apossamento da *res desperdita*), atingindo o momento consumativo quando o sujeito *deixa* (omissão) de restituir a coisa alheia.

9. CRIMES INSTANTÂNEOS, PERMANENTES E INSTANTÂNEOS DE EFEITOS PERMANENTES

Crimes instantâneos são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal. Ex.: homicídio, em que a morte ocorre num momento certo.

Crimes permanentes são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo, como diz a doutrina. Exs.: sequestro ou cárcere privado (art. 148), plágio ou redução a condição análoga à de escravo (art. 149) etc. Nesses crimes, a situação ilícita criada pelo agente se prolonga no tempo. Assim, no sequestro, enquanto a vítima não recupera sua liberdade de locomoção, o crime está em fase de consumação.

O crime permanente se caracteriza pela circunstância de a consumação poder cessar por vontade do agente. A situação antijurídica perdura até quando queira o sujeito, explicava José Frederico Marques.

5. Da omissão nada surge. Na verdade, no crime omissivo o resultado é imputado ao sujeito normativa e não fisicamente. Ocorrido o resultado, a pena é imposta ao sujeito porque a lei assim o determina.

Segundo uma opinião muito difundida, o crime permanente apresenta duas fases:

- 1.^a) fase de realização do fato descrito pela lei, de natureza comissiva;
- 2.^a) fase de manutenção do estado danoso ou perigoso, de caráter omissivo.

Ocorre, porém, que há muitos crimes permanentes que consistem em pura omissão, pelo que não se pode falar em fase inicial comissiva. Ex.: deixar de pôr em liberdade um louco restabelecido. Por outro lado, a continuidade dessa situação pode dar-se através de ação, como, p. ex., com atos de vigilância no sentido de impedir o agente a fuga da vítima, de reiteração de ameaças etc.

O crime permanente pode atingir bens jurídicos materiais ou imateriais⁶.

O crime permanente divide-se em:

- a) crime necessariamente permanente;
- b) crime eventualmente permanente.

No primeiro, a continuidade do estado danoso ou perigoso é essencial à sua configuração. Ex.: sequestro.

No segundo, a persistência da situação antijurídica não é indispensável, e se ela se verifica, não dá lugar a vários crimes, mas a uma só conduta punível. Ex.: usurpação de função pública (CP, art. 328)⁷.

No crime necessariamente permanente, o prolongamento da conduta está contido na norma como elemento do crime. No eventualmente permanente, o crime, tipicamente instantâneo, prolonga a sua consumação, como no exercício abusivo de profissão⁸.

Ao lado dos crimes instantâneos e permanentes há os instantâneos de efeitos permanentes. São os crimes em que a permanência dos efeitos não depende do agente. Exs.: homicídio, furto, bigamia etc. São crimes instantâneos que se caracterizam pela índole duradoura de suas consequências⁹.

6. Antolisei, *Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal e Ángel Torio, Buenos Aires, UTEHA, 1960, p. 196. Como exemplo de crime permanente que atinge bem jurídico material, José Frederico Marques cita o caso do art. 164 (*Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 2, p. 281).

7. Antolisei, ob. cit., p. 198; Magalhães Noronha, *Direito penal*, Saraiva, 1980, v. 1, p. 118.

8. Maggiore, *Diritto penale*, 5. ed., Bologna, Zanichelli, 1961, v. 1, t. 1, p. 223.

9. Diz Antolisei que essas hipóteses não merecem ser elevadas à categoria autônoma, uma vez que todos os delitos podem ter consequências danosas mais ou menos irreparáveis, ao mesmo tempo que a existência de tais efeitos varia segundo o caso concreto,

É preciso distinguir o delito necessariamente permanente do eventualmente permanente e daquele que é permanente só em seus efeitos (instantâneo de efeitos permanentes).

Assim, temos crimes:

- 1.º) instantâneos;
- 2.º) necessariamente permanentes;
- 3.º) eventualmente permanentes;
- 4.º) instantâneos de efeitos permanentes.

Pode-se falar em delito necessariamente permanente quando a conduta delitiva permite, em face de suas características, que ele se prolongue voluntariamente no tempo, de forma que lesa o interesse jurídico em cada um dos seus momentos. Daí dizer-se que há essa espécie de crime quando todos os seus momentos podem ser imputados ao sujeito como consumação. No sequestro, qualquer fragmento da atividade do sujeito, posterior ao momento inicial, constitui crime sob o mesmo *nomen juris*. Nesse crime, qualquer momento posterior ao ato inicial pode ser designado pela forma equivalente ao participípio presente do verbo da figura típica (estar sequestrando). No eventualmente permanente, o momento consumativo ocorre em dado instante, mas a situação criada pelo agente continua. No instantâneo de efeito permanente, o crime se consuma em dado instante e os efeitos perduram (ex.: homicídio)¹⁰.

A distinção entre crimes instantâneos e permanentes tem relevância no terreno da prescrição (CP, art. 111, III); da competência territorial (CPP, art. 71) e do flagrante (estatuto processual penal, art. 303)¹¹. Também apresenta interesse em casos de sucessão de leis, de legítima defesa e de concurso de agentes.

10. CRIME CONTINUADO

Diz-se que há crime continuado “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas

ainda que se trate do mesmo crime (ob. cit.). José Frederico Marques diz que a distinção entre o crime permanente e o instantâneo de efeitos permanentes é toda infecunda e inútil (ob. cit., v. 2, p. 281).

10. Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 2, p. 155.

11. Diz o art. 111, III, do CP, que nos crimes permanentes a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr do dia em que cessou a permanência. O art. 71 do CPP reza que, em se tratando de infração permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção. Nas infrações permanentes, diz o mesmo estatuto formal, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência (art. 303).

condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro” (CP, art. 71, *caput*). Neste caso, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Não se trata de um tipo de crime, mas de forma de concurso de delitos, colocada aqui por razões didáticas.

11. CRIMES PRINCIPAIS E ACESSÓRIOS

Há crimes que existem independentemente de outros. São denominados *principais*. Ex.: homicídio.

Existem alguns, porém, que pressupõem outros. São chamados *acessórios*. Ex.: receptação e favorecimento. Maurach denomina o favorecimento pessoal e o favorecimento real “crimes de fusão”.

Assim, no furto e posterior receptação, o primeiro é principal, o segundo, acessório (ou de fusão).

12. CRIMES CONDICIONADOS E INCONDICIONADOS

Crimes condicionados são os que têm a punibilidade condicionada a um fato exterior e posterior à consumação (condição objetiva de punibilidade). Incondicionados, os que não subordinam a punibilidade a tais fatos.

Exemplo de crime condicionado: um brasileiro pratica estelionato no estrangeiro (CP, art. 7.º, II, *b*). A aplicação de nossa lei penal está condicionada aos requisitos do art. 7.º, § 2.º, *b* e *c*, que constituem condições objetivas de punibilidade.

13. CRIMES SIMPLES E COMPLEXOS

Crime simples é o que apresenta tipo penal único. Ex.: delito de homicídio (CP, art. 121, *caput*).

Delito complexo é a fusão de dois ou mais tipos penais.

De acordo com parte da doutrina, pode apresentar-se sob duas formas:

- 1.ª) crime complexo em sentido lato; e
- 2.ª) crime complexo em sentido estrito.

Há o delito complexo em sentido amplo quando “um crime, em todas ou algumas das hipóteses contempladas na norma incriminadora, contém em si outro delito menos grave, necessariamente”¹². O legislador acrescenta à

12. Antolisei, *Manual de derecho penal*; parte general, trad. Juan del Rosal e Ángel Torio, Buenos Aires, UTEHA, 1960, p. 385.

definição de um crime fatos que, por si mesmos, não constituem delito. Ex.: denúncia caluniosa (CP, art. 339), integrada da calúnia (CP, art. 138) e da denúncia, que por si mesma não é crime. O crime complexo em sentido amplo, nos termos dos que aceitam sua existência, não se condiciona à presença de dois ou mais delitos. Basta um a que se acrescentam elementos típicos que, isoladamente, configuram indiferente penal. Neste caso, o delito de maior gravidade absorve o de menor intensidade penal. Assim, a denúncia caluniosa absorve a calúnia.

O delito complexo em sentido estrito (ou composto) é formado da reunião de dois ou mais tipos penais. O legislador apanha a definição legal de crimes e as reúne, formando uma terceira unidade delituosa (subsidiariedade implícita).

Hoje, *re melius perpensa*, não aceitamos o crime complexo em sentido amplo. Para nós, só há delito complexo na reunião de dois ou mais tipos penais incriminadores, apresentando-se sob duas formas:

1.^a) dois ou mais delitos constituem outro, funcionando como elementares;

2.^a) um delito integra outro como circunstância qualificadora.

No primeiro caso, o legislador reúne dois ou mais crimes e os transforma em elementos de outro. Exs.: extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), de que fazem parte a extorsão (CP, art. 158) e o sequestro (CP, art. 148); roubo próprio (CP, art. 157, *caput*), constituído do furto (CP, art. 155), da violência corporal (vias de fato e lesão corporal) e do constrangimento ilegal (CP, art. 146).

Na segunda hipótese, um delito deixa de ser autônomo para funcionar como qualificadora de outro. Exs.: latrocínio (CP, art. 157, § 3.º, *in fine*), em que o homicídio intervém como qualificadora do roubo; estupro qualificado pela lesão corporal de natureza grave (CP, art. 213, § 1.º, com redação dada pela Lei n. 12.015/2009), em que esta funciona como qualificadora daquele.

Mesmo na Itália, o delito complexo em sentido lato não encontrou defensores. Isto porque o art. 84 do CP italiano, de que se originou o art. 101 de nosso CP, conceitua o delito complexo como aquele em que “a lei considera como elementos constitutivos, ou como circunstâncias agravantes de um só crime, fatos que constituem, por si mesmos, crime”. Como se nota, só há crime complexo quando a norma reúne a descrição de fatos que, por si mesmos, são definidos como delitos. Assim, não há lugar para o que Antolisei denomina delito complexo em sentido amplo, uma vez que, segundo

ele, essa espécie ocorre quando o legislador reúne a um tipo incriminador elementares que constituem indiferente penal. Pagliaro afirma que a terminologia de Antolisei “não é aceitável, porque contrasta com a definição de crime complexo” do art. 84¹³, que, no dizer de Ugo Pioletti, deve resultar da fusão de dois ou mais fatos distintos, cada um dos quais integrando uma hipótese criminosa por si mesma¹⁴. Contra a existência de delito complexo constituído da definição de um crime acrescida de um *quid pluris* insuficiente, por si só, para configurar delito, argumenta Silvio Ranieri com a interpretação gramatical, anotando que a disposição emprega o termo *reati* (crimes), exigindo que a figura composta contenha, pelo menos, dois fatos que, por si mesmos, constituam delitos¹⁵.

O CP brasileiro trata do crime complexo no art. 101: “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Sem dúvida que diante da descrição típica inexistente entre nós a figura do crime complexo em sentido amplo. Isso porque o dispositivo, único a conceituar o delito complexo (o art. 108 do CP a ele apenas faz referência implícita), exige que contenha “fatos que, por si mesmos, constituem crime”. Assim, não se pode falar que também é delito complexo aquele integrado de um comportamento indiferente em si, conjugado a outro, de natureza delituosa, como, v. g., o estupro.

Como dizia Bettiol, para que haja delito complexo “é necessário que a lei considere como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes de um crime fatos que, isoladamente tomados, constituem por sua vez figuras penais autônomas”¹⁶.

Assim, repudiamos a classificação de crime complexo em sentido amplo e em sentido estrito. Para nós, só há delito complexo na reunião tí-

13. *Principii di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 593.

14. *Manuale di diritto penale*, Napoli, Jovene, 1969, p. 257.

15. *Il reato complesso*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 18 e s.

16. *Diritto penale*; parte generale, 9. ed., Padova, CEDAM, 1976, p. 602; *Direito penal*; parte geral, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 304.

pica de dois ou mais fatos que, de per si, configuram delitos. Aqueles crimes, denominados por Antolisei complexos em sentido amplo, na verdade ingressam na categoria dos crimes progressivos¹⁷.

14. CRIME PROGRESSIVO

Ocorre o crime progressivo quando o sujeito, para alcançar a produção de um resultado mais grave, passa por outro menos grave.

No crime de homicídio, p. ex., antes da produção do resultado morte há a lesão ou lesões à integridade física da vítima. O evento menos grave é absorvido pelo de maior gravidade. O crime de lesão corporal é absorvido pelo homicídio. O crime consumido é chamado “de ação de passagem”.

15. DELITO PUTATIVO

a) Conceito e espécies

Ocorre o delito putativo (ou imaginário, ou erroneamente suposto) quando o agente considera erroneamente que a conduta realizada por ele constitui crime, quando, na verdade, é um fato atípico. Só existe na imaginação do sujeito. Nesse caso não há crime, pois o fato não infringe a norma penal. O delito putativo, na realidade, não é uma espécie de crime, mas uma maneira de expressão para designar esses casos de “não crime”.

Há três hipóteses de crime putativo em sentido amplo:

- a) crime putativo por erro de proibição;
- b) crime putativo por erro de tipo; e
- c) crime putativo por obra de agente provocador.

b) Delito putativo por erro de proibição

Ocorre o *crime putativo por erro de proibição* quando o agente supõe violar uma norma penal que na verdade não existe. Falta tipicidade à sua conduta, pois o fato não é considerado crime. Ex.: o agente pratica incesto no Brasil pensando que o nosso Código o define como crime. A questão é resolvida pelo art. 1.º do Código Penal.

17. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1966, p. 262, n. 8.

c) Delito putativo por erro de tipo

Há *delito putativo por erro de tipo* quando a errônea suposição do agente não recai sobre a norma, mas sobre os elementos do crime. O agente crê violar uma norma realmente existente, mas à sua conduta faltam elementos do tipo. Ex.: uma mulher, supondo-se erroneamente em estado de gravidez, ingere substância abortiva. O comportamento é atípico perante o autoaborto, uma vez que a gravidez é elemento específico do crime (art. 124, 1.^a parte). Há o exemplo clássico do indivíduo que desejando subtrair o chapéu alheio toma o próprio. Não responde nem por tentativa de furto, pois o art. 155 exige que a coisa móvel seja alheia. Constitui subtipo de estelionato o fato de vender, permutar, dar em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria (art. 171, § 2.º, I). Suponha-se que o agente, pensando que seja alheia, vende a coisa própria a terceiro. Não responde pelo crime. Essas hipóteses são de crime impossível por inexistência ou impropriedade jurídica do objeto (art. 17).

d) Delito putativo por obra de agente provocador (crime de flagrante provocado)

A terceira espécie de crime putativo é denominada *crime putativo por obra de agente provocador*, crime de ensaio, de experiência ou de flagrante provocado. Ocorre quando alguém, de forma insidiosa, *provoca* o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo que toma providências para que ele não se consuma. Ex.: o dono de uma loja, desconfiado da honestidade de uma de suas empregadas, manda-a selecionar determinada mercadoria, deixando-a sozinha num compartimento, ao mesmo tempo que coloca policiais de atalaia, previamente solicitados, que a surpreendem no ato de furtar (exemplo de Néelson Hungria). Nesses casos, dizia Hungria, somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia. O elemento subjetivo do crime existe, mas, sob o aspecto objetivo, não há violação da norma penal, senão uma insciente cooperação para a ardilosa averiguação da autoria de crimes anteriores. O desprevenido sujeito opera dentro de uma pura ilusão, pois, *ab initio*, a vigilância dos agentes policiais torna impraticável a real consumação do crime¹⁸.

Magalhães Noronha combatia a solução de Hungria quanto ao crime de ensaio: “Desde que não haja ineficácia absoluta de meio ou improprie-

18. *Comentários ao Código Penal*, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, t. 1, p. 107.

dade total de objeto, o crime não é impossível. Os que sustentam opinião diversa deveriam explicar qual a solução que dariam se, não obstante todas as providências tomadas, o executor lograsse a consumação, o que certamente não seria *sobrenatural*”¹⁹.

Entendemos que a razão está com Nélson Hungria.

É certo que a inidoneidade não reside no *meio* empregado pelo sujeito nem no *objeto*. Todavia, a impossibilidade de o crime vir a ser praticado existe no *conjunto das medidas preventivas tomadas pelo provocador*, no conjunto das circunstâncias em que o fato deve ser realizado. Então, como dizia Aníbal Bruno, o sujeito é posto em situação de cometer o delito pretendido, irrealizável, entretanto, pela vigilância que se exercita sobre ele. Embora o sujeito não saiba, a sua conduta não se dirige na realidade para a agressão de nenhum bem jurídico. E, então, no conceito realista em que se apoia o Direito vigente, não pode haver delito, ainda que os fatos revelem plenamente a capacidade e a decisão criminosa do sujeito. Não se configura o tipo penal, pois, apesar do comportamento do agente, não se trata, na realidade, de coisas como matar alguém, de subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel. Há apenas um simulacro de ação que concretizaria o tipo²⁰.

De ver que o delito putativo por obra de agente provocador, que Aníbal Bruno inseria no crime impossível, só se apresenta nos casos em que, em face das circunstâncias predispostas, há exclusão “absoluta” da possibilidade de o fato vir a ser consumado; nos casos concretos em que, *a priori*, a vigilância providenciada pelo agente provocador constitui uma barreira intransponível para o sujeito. É esta a hipótese: parte do pressuposto de que a predisposta vigilância e as demais circunstâncias do caso concreto tornam *absoluta* a impossibilidade de lesão do interesse jurídico. Assim, se não obstante as providências tomadas, o agente *lesa o bem jurídico*, não há falar em delito putativo. É que, então, as providências e circunstâncias não eram de molde a acautelar o bem jurídico, em face do que o agente responde pelo crime. Como diz Ranieri, há punição “quando l’impedimento successivo del terzo estraneo” “non elide l’idoneità degli atti antecedenti compiuto del colpevole”²¹. E a Jurisprudência italiana já decidiu que “il predisposto servizio de polizia, *non rendendo assolutamente impossibile la consumazione del reato, non esclude la sua punibilità a titolo di tentativo*”²².

19. *Direito penal*, Saraiva, 1980, v. 1, p. 142.

20. Ob. cit., 3. ed., 1978, v. 1, t. 2, p. 127 e 128.

21. *Manuale*, p. 354.

22. Apud Vannini, *Il problema giuridico del tentativo*, 1952, p. 79.

Nélson Hungria, analisando a questão, dizia que, se o bem jurídico “é lesado ou efetivamente ameaçado, haverá crime autêntico”. Em outra passagem, afirmava: “ou a vigilância do agente provocador tornou impraticável qualquer dano, efetivo ou potencial, ou não pôde evitar que se realizasse. Na primeira hipótese, não há crime algum... Na segunda hipótese, ainda há que distinguir: ou o agente provocador assumiu o risco do evento de dano ou de perigo (dolo eventual), e terá de responder como partícipe ou coautor do crime; ou, não tendo assumido esse risco, agiu inconsideradamente, e, ao invés de participação, o que ocorre são dois crimes distintos: um doloso, a cargo do induzido, e outro culposos, a cargo do agente provocador (se o crime é punível a título de culpa)”²³.

Na segunda hipótese, entendemos que o agente provocador não responde pelo crime em face da ausência de dolo e culpa²⁴.

O CP do Uruguai, em seu art. 8.º, diz que não se castiga o fato delituoso provocado pela autoridade para obter a sua repressão.

Em face de nosso Código, enquanto a questão do delito putativo por erro de tipo e erro de proibição é resolvida pelos arts. 1.º e 17, não há regra expressa a respeito do crime de ensaio. Todavia, nada obsta que ele seja incluído na norma do crime impossível. A objeção de que o art. 17 só considera a ineficácia absoluta do meio ou a impropriedade absoluta do objeto pode ser superada. Este artigo não constitui norma penal incriminadora nem disposição de exceção, mas preceito que determina a atipicidade da conduta, permitindo, assim, o emprego da analogia *in bonam partem*. Em face disso, além da ineficácia absoluta do meio e da impropriedade absoluta do objeto, o preceito pode ser integrado pela inidoneidade do conjunto das circunstâncias preparadas pelo agente provocador, que exclui a possibilidade de consumação do delito. Trata-se de suprir uma lacuna da lei. Caso contrário, haveria incoerência: se o crime é impossível quando o meio é absolutamente ineficaz ou absolutamente impróprio o objeto, não seria impossível quando, havendo ação em si idônea e objeto, em consequência do conjunto de circunstâncias, seria absolutamente impossível a sua consumação.

A Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal trata do delito putativo por obra de agente provocador: “Não há crime quando a preparação do flagrante pela Polícia torna impossível a sua consumação”.

23. Ob. cit., p. 107, 433 e 434.

24. Contra: Aníbal Bruno, ob. cit., v. 1, t. 1, p. 291.

16. CRIME DE FLAGRANTE ESPERADO

Ocorre quando, p. ex., o indivíduo sabe que vai ser vítima de um delito e avisa a Polícia, que põe seus agentes de sentinela, os quais apanham o autor no momento da prática ilícita. Não se trata de crime putativo, pois não há *provocação*, o que difere o caso da hipótese anterior. Como ensinava Nélson Hungria, não se fala em crime putativo quando, sem ter sido artificialmente provocada, mas previamente conhecida a iniciativa dolosa do agente, a este apenas se dá o ensejo de agir, tomadas as devidas precauções. Em tal caso, se se trata de crime formal ou de perigo, este se integra em todos os elementos de sua definição legal; se se trata de crime material (subordinando o *summum opus* à condição de efetividade do dano), haverá apenas *tentativa*, posto que o dano não possa verificar-se precisamente devido à prévia ciência e vigilância de outrem²⁵.

17. CRIME IMPOSSÍVEL

É também chamado quase crime, tentativa inadequada ou inidônea.

É descrito pelo art. 17 do CP: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”. Será tema de estudo particular.

18. CRIME CONSUMADO E TENTADO

Diz-se o crime consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I). É também chamado crime perfeito.

Diz-se tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II). É também denominado crime imperfeito.

Serão estudados em capítulo à parte.

19. CRIME FALHO

É a denominação que se dá à tentativa perfeita ou acabada, em que o sujeito faz tudo quanto está ao seu alcance para consumar o crime, mas o resultado não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Ex.: o sujeito, sabendo que seu inimigo não sabe nadar, atira-o num rio, mas ele é salvo por terceiros.

25. Ob. cit., p. 108.

20. CRIMES UNISSUBSISTENTES E PLURISSUBSISTENTES

Esta distinção se assenta na circunstância de que o crime, podendo, às vezes, realizar-se com um só ato, em geral exige uma série de atos.

Crime unissubsistente é o que se realiza com um só ato. Ex.: injúria verbal (art. 140).

Crime plurissubsistente é o que se perfaz com vários atos. Ex.: estelionato (art. 171), que não se consuma com o simples emprego da fraude, exigindo que o agente obtenha vantagem ilícita em prejuízo alheio.

Essa noção deve ser completada com uma observação. A distinção não se faz tendo em vista o crime abstrato, mas sim em face do caso concreto. Assim, enquanto a injúria verbal é crime unissubsistente, a injúria por escrito é plurissubsistente, uma vez que a atividade pode ser cindida em fases.

O crime unissubsistente não admite tentativa, ao contrário do que acontece com o plurissubsistente.

21. CRIMES DE DUPLA SUBJETIVIDADE PASSIVA

São crimes que têm, em razão do tipo, dois sujeitos passivos. Ex.: violação de correspondência (art. 151), em que são sujeitos passivos, a um tempo, o remetente e o destinatário.

22. CRIME EXAURIDO

Ensinava Carrara que, para o crime se exaurir, é preciso que tenha causado todas as consequências danosas visadas pelo agente. Assim, no falso testemunho, o crime se perfaz com o simples depoimento falso. Mas não estará “esgotado” enquanto o caso não estiver encerrado e julgado conforme os fins do perjúrio. O crime de incêndio não se *exaure* enquanto a casa, p. ex., não estiver inteiramente devorada pelo fogo. Na moeda falsa, o delito não se esgota enquanto não seja posta em circulação²⁶.

Assim, crime exaurido é aquele que depois de consumado atinge suas últimas consequências. Estas podem constituir um indiferente penal (ex.: o inocente é condenado em face do falso testemunho) ou condição de maior punibilidade (ex.: art. 333, parágrafo único).

26. *Programa do curso de direito criminal*; parte geral, trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, São Paulo, Saraiva, v. 1, p. 64 e 65, § 49, *bis*.

23. CRIMES DE CONCURSO NECESSÁRIO

Crimes de concurso necessário são os que exigem mais de um sujeito. Dividem-se em:

- a) crimes coletivos, de convergência ou plurissubjetivos;
- b) crimes bilaterais ou de encontro.

Crimes coletivos ou plurissubjetivos são os que têm como elementar o concurso de várias pessoas para um fim único, como a quadrilha ou o bando (art. 288).

Crimes bilaterais ou de encontro são os que exigem o concurso de duas pessoas, mesmo que uma não seja culpável, como a bigamia (art. 235).

Crimes unilaterais ou unissubjetivos (também chamados monossubjetivos) são aqueles que podem ser cometidos por uma só pessoa. Exs.: homicídio, furto, estelionato, peculato etc.

Denominam-se crimes eventualmente coletivos os qualificados pelo concurso de pessoas (ex.: art. 155, § 4.º, IV).

24. CRIMES DOLOSOS, CULPOSOS E PRETERDOLOSOS OU PRETERINTENCIONAIS

Diz-se o crime *doloso* quando o sujeito quer ou assume o risco de produzir o resultado (art. 18, I).

O crime é *culposo* quando o sujeito dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, II).

Crime preterdoloso ou preterintencional é aquele em que a ação causa um resultado mais grave que o pretendido pelo agente. O sujeito quer um *minus* e a sua conduta produz um *majus*, de forma que se conjugam a ação dolosa (antecedente) e a culpa no resultado (consequente).

Essas formas serão estudadas na ocasião própria.

25. CRIMES SIMPLES, PRIVILEGIADOS E QUALIFICADOS

*Crime simples*²⁷ é o descrito em sua forma fundamental. É a figura típica simples, que contém os elementos específicos do delito. Ex.: art. 121, *caput* (homicídio simples).

27. A expressão “simples” é aqui empregada em acepção diversa da que usamos na categoria dos delitos simples e complexos.

O legislador, às vezes, após a descrição fundamental do crime, acrescenta ao tipo determinadas circunstâncias de natureza objetiva ou subjetiva, com função de diminuição da pena. No homicídio, após a definição do tipo básico, contida na cabeça do artigo, o legislador acrescentou circunstâncias de caráter subjetivo, com função específica de diminuir a pena (art. 121, § 1.º). Diz-se, então, que o crime é *privilegiado* (ou *exceptum*).

O crime é *qualificado* quando o legislador, depois de descrever a figura típica fundamental, agrega circunstâncias que aumentam a pena. Ex.: art. 155, § 1.º.

Há também os crimes qualificados pelo resultado (delitos agravados pelo evento, dolosos agravados por um evento preterintencional, ou com duplo resultado, segundo alguns autores). São os em que, após a descrição típica simples, o legislador acrescenta um resultado que aumenta a sanção abstratamente imposta no preceito secundário. Ex.: art. 133, §§ 1.º e 2.º. Após definir a forma simples do abandono de incapaz, o Código determina que se resulta lesão corporal de natureza grave ou morte a pena passa a ser de reclusão, respectivamente, de um a cinco ou de quatro a doze anos.

O primeiro *delictum* pode ser doloso ou culposo. Exemplo do primeiro caso temos no art. 127, aplicável às formas típicas do crime de aborto (menos as do art. 124), que são punidas a título de dolo. No art. 258, 2.ª parte, o delito básico é punido a título de culpa.

A natureza da figura típica não tem influência sobre a agravação pelo resultado. Assim, o delito básico pode ser material, formal, de dano, de perigo, instantâneo ou permanente, comissivo ou omissivo.

O *primum delictum*, algumas vezes, pode ser apenas tentado. É o que pode ocorrer na hipótese dos art. 127 do CP. Isso não acontece, porém, nos crimes básicos de perigo, pois não é possível a produção de qualquer resultado agravador sem que antes eles tenham ocorrido, tornando-se consumados.

O segundo elemento do crime qualificado pelo resultado é o resultado qualificador, que é ligado ao delito-base pelo nexo da causalidade objetiva e subjetiva (ou normativa). Dessa forma, se o resultado decorrer de caso fortuito ou força maior não será imputável ao sujeito. Entendemos que ao sujeito não poderá ser atribuído o resultado por ausência de culpa.

Quando o delito-base tem um aditamento (resultado qualificador) que se apresenta como crime, forma-se um crime complexo. Ao contrário, quando o resultado qualificador não foi descrito pelo legislador em outra disposição como figura típica, temos simplesmente um crime qualificado pelo resultado. Assim, no art. 129, § 1.º, I, há um crime qualificado pelo resul-

tado, pois o fato qualificador (“incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias”) não se apresenta isoladamente como crime. Já no art. 129, § 3.º, há uma unidade complexa entre o delito-base (lesão corporal) e o homicídio.

Quase todos os crimes qualificados pelo resultado são preterintencionais (ou preterdolosos). O delito-base é punido a título de dolo; o resultado qualificador, a título de culpa. Há dolo no antecedente e culpa no consequente. É evidente que quando o *primum delictum* é culposo não se pode falar em crime preterintencional. Nesse caso, tanto o delito básico quanto o fato qualificador são punidos a título de culpa. Exs.:

No art. 213, § 1.º (com redação dada pela Lei n. 12.015/2009, o crime de estupro é punido a título de dolo; o resultado qualificador, a título de culpa. Há opinião em sentido contrário (minoritária), defendendo que o resultado agravador pode ser imputado ao agente tanto culposa quanto dolosamente.

No art. 258, 2.ª parte, tanto o crime de perigo comum quanto o resultado qualificador têm na culpa o seu elemento normativo. Nesse caso, como é evidente, não há delito preterintencional.

Em alguns crimes, o resultado qualificador também pode ter no dolo o seu elemento subjetivo. Ex.: na lesão corporal seguida de perda ou inutilização de membro, sentido ou função (art. 129, § 2.º, III), em relação ao resultado qualificador, tanto faz que o sujeito tenha agido com dolo ou com culpa. Como dizia Magalhães Noronha, responde pela lesão corporal gravíssima “tanto o que com um objeto qualquer — um copo quebrado, p. ex. — desfere um golpe contra a vista do ofendido, vazando-a, como o que dá um soco no rosto da vítima, que cai ao solo, resultando disso também a perda de um olho. Lá houve vontade direta de vazar uma vista do sujeito passivo, aqui não houve tal intenção, mas ambos incidem no mesmo dispositivo”²⁸.

Nos arts. 157, § 3.º, e 159, § 3.º, o resultado deve ser doloso, “porque embora o homicídio seja delito mais grave que o roubo e a extorsão mediante sequestro, a pena cominada é também maior que as previstas no art. 121”²⁹.

Há diferença entre crime qualificado pelo resultado e delito preterintencional?

28. Ob. cit., v. 2, p. 77.

29. José Frederico Marques, ob. cit., v. 2, p. 375 e 376.

Entre nós não há diferença, ressalvando que há crimes qualificados pelo resultado que não são preterdolosos, quais sejam, aqueles em que o *primum delictum* é culposo e aqueles em que o resultado qualificador é punido a título de dolo. Na doutrina italiana, porém, eles se distinguem. Denomina-se crime preterintencional aquele em que o resultado ultrapassa a intenção do sujeito, sendo homogêneo em relação ao resultado por ele querido. Ex.: lesão corporal seguida de morte, em que há homogeneidade entre a lesão e a morte, mas o resultado é um só³⁰. No crime qualificado pelo resultado, pelo contrário, há duplicidade de resultados heterogêneos, dos quais somente um é querido pelo agente. Ex.: estupro qualificado pela morte da ofendida (art. 213, § 1.º, com redação dada pela Lei n. 12.015/2009). Como diz A. Santoro, o crime agravado pelo resultado é uma forma de responsabilidade diversa do crime preterintencional, porque nela se tem um outro crime não querido, adicionado ao querido, enquanto no preterintencional típico se tem um só resultado não querido, que se substitui ao antecedente que o agente quis³¹.

Ocorre, porém, que a diferença exposta pela doutrina italiana tem razão de ser em face de considerar punidos os crimes qualificados pelo resultado pela aplicação da responsabilidade objetiva. Assim, a diferença não existe entre nós, pois os crimes qualificados pelo resultado exigem um nexo subjetivo ou normativo ligando a vontade do agente ao resultado qualificador.

Há diferença entre crime qualificado e crime qualificado pelo resultado?

Sim. No crime qualificado o legislador insere no tipo determinadas circunstâncias que, não obstante agravarem a sanção, não constituem resultados. Ex.: a circunstância temporal do repouso noturno, que qualifica o furto (art. 155, § 1.º). Na segunda espécie, o legislador exige um resultado.

26. CRIMES SUBSIDIÁRIOS

Pode suceder que uma norma penal incriminadora tenha natureza subsidiária em relação a outra. Então, a norma principal exclui a aplicação da secundária (*lex primaria derogat legi subsidiariae*). A subsidiariedade, como vimos, pode ser explícita ou implícita. Existe a primeira quando a lei, após descrever um crime, diz que só tem aplicação se o fato não configura deli-

30. G. Zuccalà, *O delito preterintencional*, 1952, p. 49 e nota 1.

31. *As circunstâncias do crime*, 2. ed., p. 238, n. 161.

to mais grave (ex.: art. 132). Há a subsidiariedade implícita (ou tácita) quando a aplicação de uma norma não resulta da comparação abstrata com outra, mas do juízo de valor sobre o fato concreto em face delas (ex.: as normas que definem os crimes de perigo individual são subsidiárias perante as que descrevem os crimes contra a vida). Nesses casos fala-se em crimes subsidiários.

27. CRIMES VAGOS

Crimes vagos são os que têm por sujeito passivo entidades sem personalidade jurídica, como a família, o público ou a sociedade. Ex.: ato obsceno (CP, art. 233).

28. CRIMES DE MERA SUSPEITA

Manzini foi quem pela primeira vez falou em crimes de mera suspeita ou sem ação, construção que não é aceita pela maioria da doutrina.

Para ele, há certos delitos nem comissivos nem omissivos, que não consistem em fato, nem positivo nem negativo, senão em simples estado individual, que, por si mesmo, não constitui infração de nenhum comando ou proibição penal, sendo apenados somente pela suspeita despertada. Trazia à colação o art. 708 do CP italiano, no qual incorre o indivíduo que, tendo determinados precedentes penais ou estando submetido a vigilância ou a medida de segurança pessoal ou a caução de bom comportamento, seja encontrado em posse de dinheiro ou objetos de valor que não estejam em harmonia com seu estado, dos quais não justifique a procedência. Afirma que a posse não é nem uma ação nem uma omissão, senão um estado. A ação seria do descobridor da posse, não do possuidor. Por outra parte, continua, nenhum dever jurídico tem o possuidor de se despojar da posse³².

Não há crime sem ação. Se o comportamento configura elemento do fato típico, e se este o é do crime, não há delito sem ação (ou omissão). No caso apontado por Manzini, a ação consiste no fato de alguém, encontrando-se nas condições especificadas, estar na posse de objetos de valor e em situação de não poder justificar sua procedência. Já a posse é uma ação³³.

32. Ob. cit., p. 96 e 97.

33. Maggiore, *Derecho penal*, trad. José J. Ortega Torres, Bogotá, Ed. Temis, 1954, v. 1, p. 304.

E mesmo que assim não se entenda, a posse pressupõe necessariamente a apreensão dos objetos de valor. Contesta Manzini, dizendo que a causa produtora do resultado não tem importância constitutiva, e só eventualmente poderá funcionar como discriminante³⁴. Ora, se o agente é possuidor insciente dos objetos de valor, não há falar em discriminantes, mas em ausência de ação, pois inexistente aquela voluntariedade mínima que a torna própria do sujeito. A posse é a continuação da apreensão. Assim, se a posse não é voluntária, como no caso de alguém colocar objetos junto ao agente sem que este o saiba, o crime não existe. Em suma: no caso apontado por Manzini há ação, consistente na posse dos objetos (que pressupõe a apreensão voluntária), e omissão, o não poder justificar a sua procedência.

29. CRIMES COMUNS E POLÍTICOS

Crimes comuns são os que lesam bens jurídicos do cidadão, da família ou da sociedade, enquanto os *políticos* atacam à segurança interna ou externa do Estado, ou a sua própria personalidade³⁵.

A doutrina apresenta dois critérios de distinção entre crimes políticos e comuns:

a) objetivo — leva em conta a natureza do interesse jurídico lesado ou exposto a perigo de dano pela conduta do sujeito;

b) subjetivo — a diversificação depende da intenção do sujeito.

De acordo com o primeiro critério, há delito político quando o comportamento lesa ou ameaça o ordenamento político do país (objeto jurídico).

Para os subjetivistas, o que importa é o motivo que leva o agente a cometer o fato. Se há motivo de natureza política, existe crime político. Em caso contrário, o crime é comum.

Modernamente, aceita-se um critério misto (objetivo-subjetivo) ao diferenciar delitos objetivamente políticos de crimes subjetivamente políticos. Exemplo disso é o CP italiano, que em seu art. 8.º conceitua o delito político da seguinte forma: “Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino” (crime objetivamente político). “E altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici” (crime subjetivamente político).

34. Ob. cit., p. 97.

35. Nélsion Hungria, ob. cit., 1977, v. 1, t. 2, p. 57.

Os crimes políticos se dividem em:

a) crimes políticos próprios — os que ofendem a organização política do Estado;

b) crimes políticos impróprios — os que ofendem um interesse político do cidadão.

Fala-se ainda em:

a) crimes políticos puros — de exclusiva natureza política;

b) crimes políticos relativos — que compreendem os delitos políticos mistos ou complexos — são os que ofendem simultaneamente a ordem político-social e um interesse privado;

c) crimes comuns conexos a delitos políticos.

Alguns autores distinguem os crimes sociais dos crimes políticos. Afirmam que crime político é o que atenta diretamente contra a personalidade do Estado, enquanto crime social é o que pretende atacar a organização social. A maioria da doutrina, porém, agrupa os crimes sociais na categoria dos crimes políticos, já que uma das finalidades do Estado é a segurança da organização social.

30. CRIME MULTITUDINÁRIO

É o praticado por uma multidão em tumulto, espontaneamente organizada no sentido de um comportamento comum contra pessoas ou coisas³⁶. Ao tratar da coautoria o nosso Código não cuidou do assunto de forma expressa. Todavia, constitui circunstância atenuante “ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou” (art. 65, III, e).

31. CRIMES DE OPINIÃO

Consistem em abuso de liberdade do pensamento, seja pela palavra, seja pela imprensa, ou qualquer meio de transmissão.

É de ver que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a atual ordem constitucional. O Tribunal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, retirou-a do ordenamento jurídico. Com isso, as regras do Código Penal passaram a ter incidência no que toca aos delitos contra a

36. Nélson Hungria, ob. cit., v. 1, t. 2, p. 426 e s. e 5. ed., 1977, v. 4, p. 13, nota 11. Sobre o assunto há a obra de Elias de Oliveira, *Criminologia das multidões*, Saraiva.

honra praticados por meio da imprensa (ou seja, através dos meios de comunicação social).

32. CRIME INOMINADO

É denominação criada por Salvagno Campos, mas não aceita pela doutrina. Partindo da premissa de que em matéria penal não há direitos adquiridos, criou uma categoria de crimes consistentes na violação de uma regra (cultural ou ética) ou bem jurídico do indivíduo consagrados pela lei penal, apresentando caráter ilícito pela ausência de qualquer direito, legal ou natural (?), que pudesse favorecer o agente. Seriam punidos no interesse do indivíduo, não no da sociedade³⁷.

33. CRIMES DE AÇÃO MÚLTIPLA OU DE CONTEÚDO VARIADO

São crimes em que o tipo faz referência a várias modalidades da ação. Ex.: art. 122, em que os verbos são “induzir”, “instigar” ou “prestar” auxílio ao suicídio. Neste caso, mesmo que sejam praticadas as três formas de ação, elas são consideradas fases de um só crime. Podem ser citados outros exemplos, como os dos arts. 234, 289, § 1.º etc.

34. CRIMES DE FORMA LIVRE E DE FORMA VINCULADA

Crimes de forma livre são os que podem ser cometidos por meio de qualquer comportamento que cause determinado resultado. Ex.: homicídio, cuja descrição típica não cuida de qualquer conduta específica. Desde que o comportamento seja causa do resultado morte o fato se ajusta ao preceito primário na norma incriminadora.

São *crimes de forma vinculada* aqueles em que a lei descreve a atividade de modo particularizado. Ex.: art. 284. Nesse caso, o legislador, após definir de maneira genérica a conduta, especifica a atividade (incisos da disposição).

A formulação vinculada ou casuística pode ser:

37. Segundo Campos, a falta de interesse da sociedade se evidenciaria pela omissão de descrição do crime no CP, pelo que seria “condição de sua punibilidade a queixa da parte ofendida”. Como se vê, a construção fere o princípio de reserva legal. Sobre a tese, veja a severa crítica de Nélson Hungria, em *Comentários ao Código Penal*, 5. ed., Forense, 1977, v. 1, t. 1, p. 57 e s., explanação que serviu ao nosso texto.

a) cumulativa;

b) alternativa.

O crime é de forma vinculada cumulativa quando o tipo prevê várias ações do sujeito, como ocorre no caso do art. 40, § 1.º, da Lei n. 6.538, de 22-6-1978, posto que não basta o simples apossamento de correspondência alheia, exigindo-se sua sonegação ou destruição.

O crime é de forma vinculada alternativa quando o tipo prevê mais de um núcleo, empregando a disjuntiva “ou”, como acontece nos arts. 150, *caput*, 160, 161, 164 etc.

35. CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA E DE AÇÃO PENAL PRIVADA

O art. 100 do CP diz que “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. Há, dessa forma, crimes de ação penal pública e de ação penal privada.

Nos primeiros, o procedimento penal se inicia mediante denúncia do órgão do Ministério Público; nos segundos, mediante queixa do ofendido ou de seu representante legal, nos termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 100.

Qual o critério de distinção entre um e outro?

É determinado pelo próprio art. 100. É um critério de exclusão: o crime é de ação penal privada quando a lei expressamente o declara. Ex.: fraude à execução, a cuja ação penal somente se procede mediante queixa (art. 179, parágrafo único). Quando a lei silencia, o crime é de ação penal pública.

Os crimes de ação penal pública podem ser:

a) de ação penal pública condicionada;

b) de ação penal pública incondicionada.

No primeiro caso, o oferecimento da denúncia pelo órgão do Ministério Público se condiciona à representação do ofendido (p. ex.: art. 147, parágrafo único) ou de requisição do Ministro da Justiça (p. ex.: CP, art. 7.º, § 3.º, *a*), de acordo com o que preceitua o art. 100, § 1.º.

No segundo, a iniciativa do Ministério Público não se condiciona à manifestação de vontade de qualquer pessoa. Ex.: homicídio.

A questão será pormenorizada no estudo da ação penal.

36. CRIME HABITUAL E PROFISSIONAL

Crime habitual é a reiteração da mesma conduta reprovável, de forma a constituir um estilo ou hábito de vida. Ex.: curandeirismo (art. 284). Quando o agente pratica as ações com intenção de lucro, fala-se em *crime profissional*. Ex.: rufianismo (art. 230).

O crime habitual difere do continuado. Neste, as ações que o compõem, por si mesmas, constituem crimes. Ex.: furto com nexo de continuidade (as várias condutas, tomadas isoladamente, constituem furtos). No crime habitual, ao contrário, as ações que o integram, consideradas em separado, não são delitos.

O delito habitual também se distingue da habitualidade no crime. Naquele, o delito é único, constituindo a habitualidade uma elementar do tipo. Na habitualidade no crime, ao contrário, há pluralidade de crimes, sendo a habitualidade uma qualidade do autor, não da infração penal.

O crime habitual possui duas espécies:

- a) crime habitual próprio;
- b) crime habitual impróprio.

O curandeirismo (art. 284) é habitual próprio (ou necessariamente habitual), uma vez que somente a reiteração da conduta faz surgir o crime. Os crimes descritos no art. 23 da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170, de 14-12-1983)³⁸ são habituais impróprios (ou acidentalmente habituais), visto que basta um ato de incitação, tendente aos fins previstos no tipo, para integrá-los; entretanto, se for reiterado, haverá um só delito.

37. CRIMES CONEXOS

Pode suceder que o mesmo sujeito pratique vários crimes sem que entre eles haja qualquer ligação. Assim, o sujeito pode praticar um furto;

38. “Art. 23. Incitar:

I — à subversão da ordem política ou social;

II — à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

III — à luta com violência entre as classes sociais;

IV — à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.”

dias depois, um homicídio. Não há qualquer circunstância em comum entre os dois crimes, a não ser a identidade do agente. São independentes.

Ao contrário, pode acontecer que exista um liame, um nexo entre os delitos. Nesse caso, fala-se em crimes conexos. Assim, o sujeito pode cometer uma infração para ocultar outra. Então, não temos delitos independentes, pois estão ligados por um liame subjetivo.

A conexão pode ser:

- a) teleológica ou ideológica;
- b) consequencial ou causal;
- c) ocasional.

Há conexão teleológica (ou ideológica) quando um crime é praticado para assegurar a execução de outro. Ex.: o sujeito mata o marido para estupra-lhe a esposa. Há dois crimes: homicídio e estupro (art. 213). O primeiro é denominado crime-meio; o segundo, crime-fim. No caso, o homicídio é qualificado pela conexão teleológica (art. 121, § 2.º, V, 1.ª figura). Os dois delitos permanecem ligados pelo laço de causa e efeito, aplicando-se a regra do concurso material (art. 69, *caput*). Para que vigore a conexão qualificadora do homicídio é irrelevante a efetivação da intenção criminosa quanto ao crime-fim, isto é, não importa que não tenha sido sequer tentado (hipótese em que não há concurso).

Existe conexão consequencial (ou causal) quando um crime é cometido para assegurar a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro.

Exs.:

1.º) O sujeito, após furtar, incendeia a casa para fazer desaparecer qualquer vestígio. O fato do incêndio é cometido para assegurar a ocultação do furto.

2.º) O sujeito, após praticar um crime de dano, mata a testemunha para que ela não o aponte como autor. O homicídio é praticado para assegurar a impunidade do dano.

3.º) A, depois de praticar um *conto do vigário* em concurso com B, mata-o para ficar com todo o produto do estelionato, um bem imóvel. O homicídio é cometido para assegurar vantagem em relação ao outro crime, sendo qualificado, nos termos do art. 121, § 2.º, V, última figura.

A *ocultação* não se confunde com a *impunidade*. Na primeira, o crime-meio tem por fim o *fato* criminoso; o agente pretende que o delito não seja conhecido. Na segunda, tem-se em vista o *agente*; o fato não é ocultado, mas sim é realizada a conduta para que o autor do crime-fim não seja conhecido.

A conexão é ocasional quando um crime é cometido por ocasião da prática de outro. Ex.: subtração de joias da vítima estuprada. O furto é praticado por ocasião do cometimento do estupro, não havendo entre eles relação de meio e fim.

O art. 61, II, *b*, dispõe que a pena é sempre agravada pela circunstância de “ter o agente cometido o crime para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime”.

É uma agravante proveniente da conexão teleológica ou consequencial. A ocasional não é considerada agravante genérica.

As duas primeiras espécies de conexão podem converter-se em qualificadoras do homicídio, mas, para isso, é necessário que o crime-meio seja cometido para *assegurar*, e não só para *facilitar* a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (art. 121, § 2.º, V).

Como se vê, a conexão ideológica ou consequencial pode constituir:

- a) circunstância agravante genérica (art. 61, II, *b*);
- b) circunstância legal específica (qualificadora) do homicídio (art. 121, § 2.º, V).

A função de circunstância não impede o concurso material (art. 69, *caput*), se, pelo menos, o crime-fim é tentado. Assim, se o agente comete um crime para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (tentado ou consumado), as penas dos dois delitos são somadas. Se o crime-meio é homicídio, além da qualificadora, aplica-se a regra do concurso real. Se não é homicídio o crime-meio, este não é *qualificado* pela conexão, mas agravado pela circunstância genérica (art. 61, II, *b*), devendo ser somadas as penas.

A conexão ocasional leva ao concurso de delitos.

O CP não menciona de forma *expressa* a conexão pelo simples motivo de considerá-la hipótese de concurso material, salvo as exceções apontadas.

Nos casos aventados, não há falar em crime complexo ou concurso aparente de normas.

A conexão possui outras funções. Assim, nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão (art. 108). Nos que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção da prescrição relativa a qualquer deles (art. 117, § 1.º, 2.ª parte).

38. CRIME DE ÍMPETO

É aquele em que a vontade delituosa é repentina, sem preceder deliberação. Ex.: homicídio cometido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 121, § 1.º, 3.ª figura).

39. CRIMES FUNCIONAIS

Pertencem à categoria dos crimes próprios (n. 2), que só podem ser cometidos por determinadas pessoas em face de uma condição ou situação particular.

Crimes funcionais são os que só podem ser praticados por pessoas que exercem funções públicas. São também denominados *delicta in officio*, isto é, *delicta propria* dos que participam da atividade estatal³⁹. A denominação crimes de responsabilidade dada aos crimes funcionais, não obstante criticável, ainda continua a ser empregada em nossa legislação (Const. Federal, arts. 52, I, e 85, *caput*).

Dividem-se em:

- a) crimes funcionais próprios;
- b) crimes funcionais impróprios (ou mistos).

Nos primeiros, a ausência da qualidade referente ao exercício da função pública por parte do agente causa uma atipicidade absoluta. Ex.: prevaricação.

Nos segundos, tal ausência opera uma atipicidade relativa, *i. e.*, a conduta é atípica em face do crime funcional, mas se amolda a um tipo de crime comum. Pode-se dizer que é um crime comum qualificado pelo exercício da função pública. Ex.: peculato: ausente a elementar *funcionário público*, o fato passa a constituir apropriação indébita.

São crimes funcionais típicos não só os descritos no Título XI, Capítulo I, do CP (arts. 312 e s.), como também todos em que a qualidade de funcionário público intervém como elementar ou circunstância qualificadora (p. ex.: arts. 150, § 2.º, 300, 301 etc.).

40. CRIMES A DISTÂNCIA E PLURILLOCAIS

Os crimes podem ser de espaço mínimo ou de espaço máximo, segundo ocorram ou não no mesmo lugar os atos executórios e a consu-

39. Nélson Hungria, ob. cit., v. 9, p. 313. De notar que os *extranei* podem *participar* dos crimes funcionais, de acordo com a regra do art. 30, *in fine*, do CP.

mação. Assim, é delito de espaço mínimo o homicídio com morte instantânea. Suponha-se, entretanto, que a conduta ocorra num país e o resultado noutro. Ex.: um cidadão, em Santana do Livramento, desfecha um tiro de fuzil contra outro, que se encontra em Rivera, vindo a vítima a falecer. Neste caso, fala-se em crime a distância (ou de espaço máximo, ou de trânsito).

Delito plurilocal é aquele que, dentro de um mesmo país, tem a conduta realizada num local e a produção do resultado noutro. Ex.: ferida em Jundiá, a vítima do homicídio vem a morrer em São Paulo.

41. DELITO DE REFERÊNCIA

É a denominação dada por Maurach ao fato de o sujeito não denunciar um crime conhecido quando iminente ou em grau de realização, mas ainda não concluído, questão que será analisada no concurso de agentes⁴⁰.

42. DELITOS DE TENDÊNCIA

São crimes que condicionam a sua existência à intenção do sujeito. Caracterizam-se pela direção do motivo ou da vontade, sendo que, não encontrando reflexo real no tipo objetivo, exigem imprescindível verificação do estado anímico do agente no momento do fato para a constituição da imagem delitiva. Um fato que objetivamente tem aparência jurídica irrelevante pode ser qualificado de conduta criminal, dependendo da intenção. Assim, somente a verificação da ocorrência de intenção lasciva permite discernir se o toque nas partes genitais de uma criança constitui ou não comportamento antijurídico⁴¹.

Veremos essa questão nos elementos subjetivos do tipo.

43. DELITOS DE IMPRESSÃO

São os que, de acordo com Mário O. Folchi, causam determinado estado anímico na vítima. Dividem-se em:

a) delitos de inteligência: os que se realizam com o engano, como o estelionato;

b) delitos de sentimento: incidem sobre as faculdades emocionais, como a injúria;

40. Ob. cit., v. 2, p. 356.

41. Maurach, ob. cit., v. 1, p. 280.

c) delitos de vontade: incidem sobre a vontade, como o constrangimento ilegal⁴².

44. CRIMES DE SIMPLES DESOBEDIÊNCIA

São assim chamados os delitos de perigo abstrato ou presumido. A simples desobediência ao comando geral, advinda da prática do fato, enseja a presunção do perigo de dano ao bem jurídico. Ex.: crime do art. 268 do CP.

45. CRIMES PLURIOFENSIVOS

São os que lesam ou expõem a perigo de dano mais de um bem jurídico. Ex.: latrocínio (CP, art. 157, § 3.º, *in fine*), em que há ofensa à vida e ao patrimônio.

46. CRIMES FALIMENTARES

Os delitos falimentares podem ser:

1.º) próprios: os que só podem ser cometidos pelo devedor ou falido, ressalvada a hipótese de participação de terceiro;

2.º) impróprios: os que só podem ser cometidos por pessoa diversa do devedor ou falido, tendo o fato relação com a falência;

3.º) antefalimentares: praticados antes da quebra;

4.º) pós-falimentares: cometidos depois da declaração da falência.

Os delitos antefalimentares são sempre próprios. Os pós-falimentares podem ser próprios ou impróprios.

47. CRIME A PRAZO

Ocorre nas hipóteses em que a qualificadora depende de determinado lapso de tempo. Exs.: CP, arts. 129, § 1.º, I (mais de trinta dias), 148, § 1.º, III (mais de quinze dias), 159, § 1.º (mais de vinte e quatro horas). Às vezes, o fato típico depende de período temporal. Ex.: CP, art. 169, parágrafo único, II (quinze dias)⁴³.

42. *La importancia de la tipicidad en derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1960, p. 87.

43. James Tubenchlak, *Teoria do crime*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 145.

48. CRIME GRATUITO

É o delito praticado sem motivo.

49. DELITO DE CIRCULAÇÃO

É o crime praticado por intermédio do automóvel.

50. DELITO TRANSEUNTE E NÃO TRANSEUNTE

Crime transeunte é o que não deixa vestígios; não transeunte, o que deixa⁴⁴.

51. CRIME DE ATENTADO OU DE EMPREENDIMENTO

É o delito em que o legislador prevê à tentativa a mesma pena do crime consumado, sem atenuação. Exs.: CP, arts. 352 e 358; Código Eleitoral, arts. 309 e 312⁴⁵.

52. CRIME EM TRÂNSITO

É aquele em que o sujeito desenvolve a atividade em um país sem atingir qualquer bem jurídico de seus cidadãos. Ex.: uma carta injuriosa que, enviada de Paris para Buenos Aires, passa pelo nosso território.

53. CRIMES INTERNACIONAIS

São os referidos no art. 7.º, II, *a*, do CP, como tráfico de pessoas, difusão de publicações obscenas, danificação de cabo submarino, entorpecentes etc.

54. QUASE CRIME

Ocorre o denominado quase crime nas hipóteses dos arts. 17 e 31 do CP, respectivamente, crime impossível e participação impunível.

44. James Tubenchlak, ob. cit., p. 199.

45. Idem, p. 136.

55. CRIMES DE TIPO FECHADO E DE TIPO ABERTO

Delitos de tipo fechado são aqueles que apresentam a definição completa, como o homicídio. Neles, a norma de proibição descumprida pelo sujeito aparece de forma clara.

Crimes de tipo aberto são os que não apresentam a descrição típica completa. Neles, o mandamento proibitivo não observado pelo sujeito não surge de forma clara, necessitando ser pesquisado pelo julgador no caso concreto. São exemplos de crimes de tipo aberto:

a) delitos culposos: neles, é preciso estabelecer qual o cuidado objetivo necessário descumprido pelo sujeito;

b) crimes omissivos impróprios: dependem do descumprimento do dever jurídico de agir;

c) delitos cuja descrição apresenta elementos normativos (“sem justa causa”, “indevidamente”, “sem as formalidades legais” etc.): casos em que a tipicidade do fato depende da ilicitude do comportamento, a ser pesquisada pelo julgador em face de normas de conduta que se encontram fora da definição legal.

56. TENTATIVA BRANCA

Ocorre quando o objeto material não sofre lesão. Ex.: o sujeito, tentando matar a vítima, dispara em sua direção tiros de revólver, errando o alvo.

57. CRIME CONSUNTO E CONSUNTIVO

É a denominação que recebem os delitos, no conflito aparente de normas, quando aplicável o princípio da consunção.

Crime consunto é o absorvido; consuntivo, o que absorve. Ex.: no furto cometido *intra muros*, a violação de domicílio é absorvida. Esta, no caso, é o delito consunto; o furto, o consuntivo.

58. CRIMES DE RESPONSABILIDADE

A expressão “crime de responsabilidade”, na legislação brasileira, apresenta um sentido ambíguo, uma vez que se refere a crimes e a infrações

político-administrativas não sancionadas com penas de natureza criminal.

Em sentido amplo, a locução abrange tipos criminais propriamente ditos e fatos que lesam deveres funcionais, sancionados com pena política. Em sentido estrito, tem em vista normas que definem crimes que contêm violação de cargo ou de função, apenados com sanção criminal.

Por sua vez, os delitos de responsabilidade propriamente ditos, tomada a expressão em seu sentido estrito, estão previstos no CP (crimes comuns) e na legislação especial (crimes especiais).

Assim, crime de responsabilidade, em sentido amplo, pode ser conceituado como um fato violador do dever do cargo ou função, apenado com uma sanção criminal ou de natureza política. Pode-se dizer que há o crime de responsabilidade próprio, que constitui delito, e o impróprio, que corresponde à infração político-administrativa. Entre nós, são crimes de responsabilidade impróprios os definidos na Lei n. 1.079, de 10-4-1950 (crimes de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros de Estados, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e dos Governadores dos Estados e seus Secretários), alterada pelo art. 3.º da Lei n. 10.028, de 19-10-2000, e na Lei n. 7.106, de 28-6-1983 (crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal).

Os crimes de responsabilidade próprios (ou em sentido estrito) estão descritos:

a) no CP; e

b) na legislação especial (extravagante).

No CP, os delitos de responsabilidade próprios, aqui chamados comuns (uma vez previstos no estatuto comum), correspondem aos crimes funcionais, cometidos por funcionários públicos no exercício do cargo ou função e descritos nos arts. 312 a 326. Há outros, como a violação de domicílio qualificada (art. 150, § 2.º) e os delitos de falso praticados por funcionário público (arts. 300, 301 etc.).

Na legislação especial, os crimes de responsabilidade propriamente ditos estão definidos no Decreto-lei n. 201, de 27-2-1967 (crimes de responsabilidade de Prefeitos e Vereadores), alterado pelo art. 4.º da Lei n. 10.028, de 19-10-2000, na Lei n. 4.898, de 9-12-1965 (abuso de autoridade) e em outras normas que cominam penas a funcionários públicos que cometem delitos no exercício da função.

A CF se refere aos delitos de responsabilidade propriamente ditos quando menciona os casos em que o processo e o julgamento se realizam fora do procedimento do *impeachment*. A eles também faz referência o CPP

ao disciplinar o rito processual dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 e s.).

CRIMES DE RESPONSA- BILIDADE (em sentido amplo)	A) Próprios (em sentido estrito; propriamente ditos) — são crimes	a) comuns (CP)	<ul style="list-style-type: none"> — arts. 312 a 326 — arts. 150, § 2.º; 300; 301 etc.
		b) especiais (legislação especial)	<ul style="list-style-type: none"> — Dec.-lei n. 201, de 27-2-1967, alterado pela Lei n. 10.028, de 19-10-2000 — Lei n. 4.898, de 9-12-1965
	B) Impróprios (não são crimes; são infrações político- administrativas)	<ul style="list-style-type: none"> — Lei n. 1.079, de 10-4-1950, alterada pela Lei n. 10.028, de 19-10-2000 — Lei n. 7.106, de 28-6-1983 	

59. CRIMES HEDIONDOS

São delitos repugnantes, sórdidos, decorrentes de condutas que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva dos resultados, causam intensa repulsa. A Lei n. 8.072, de 25-7-1990, dispôs sobre esses crimes, indicando como tais, em seu art. 1.º, o homicídio simples, desde que cometido em ação típica de grupo de extermínio, o homicídio doloso qualificado, o latrocínio, a extorsão qualificada pela morte, a extorsão mediante sequestro, o estupro, o estupro de vulnerável, a falsificação, a corrupção, a adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, a epidemia com resultado morte e o genocídio, tentados ou consumados. São insuscetíveis de clemência soberana e fiança (art. 2.º, I e II), devendo a pena ser cumprida inicialmente em regime fechado (§ 1.º com redação dada pela Lei n. 11.464, de 28-3-2007).

Capítulo XX

DO FATO TÍPICO

1. INTRODUÇÃO

O crime, sob o aspecto jurídico-formal, apresenta-se com as características do fato típico e da antijuridicidade.

O primeiro requisito é, pois, o *fato típico*, que consiste no fato que se enquadra no conjunto de elementos descritivos do delito contidos na lei penal.

2. ELEMENTOS DO FATO TÍPICO

Para a integração do fato típico concorre, primeiramente, uma *ação* ou *omissão*, uma vez que, consistindo na violação de um preceito legal, supõe um *comportamento humano*.

A ação humana, porém, não é suficiente para compor o primeiro requisito do crime. É necessário um *resultado*, que é o efeito do comportamento (nos crimes materiais).

Todavia, entre a conduta e o resultado se exige uma relação de causalidade objetiva. *A* desfere facadas em *B*, que, transportado para um hospital, vem a falecer. Surge, dessa maneira, outro elemento do fato típico: *a relação de causalidade* ou *nexo causal*.

A seguir, é preciso que esteja presente a imputação objetiva, exigindo-se que o sujeito tenha realizado uma conduta relevante e juridicamente proibida, tendo afetado um bem jurídico. Sobre a teoria de imputação objetiva, remetemos o leitor ao Capítulo XXVI. É oportuno advertir que, nos delitos materiais, a tipicidade configura uma qualidade do fato material e

não propriamente um elemento do fato típico. Registre-se que a jurisprudência pátria vem assimilando cada vez com maior intensidade a mencionada teoria. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de apontá-la como integrante do fato delituoso (*vide* AgRg no REsp 489.389, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 3-3-2009).

Por último, para que um fato seja típico, é necessário que os elementos acima expostos estejam descritos como crime.

A mata *B* com tiros de revólver. Há a conduta (desfechar tiros), o resultado (morte), e o nexo causal entre eles (a vítima faleceu em consequência dos ferimentos produzidos pelos tiros). Presente a imputação objetiva, verifica-se que esses elementos estão descritos pela lei como crime de homicídio (CP, art. 121). Assim, o fato penalmente relevante é o correspondente a um dos modelos abstratos definidos pelas normas incriminadoras.

Aparece um último elemento, a *tipicidade*, que é a adequação daqueles requisitos na definição legal do crime.

São componentes do fato típico:

- a) a conduta dolosa ou culposa;
- b) o resultado (salvo nos crimes de mera conduta);
- c) o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e nos formais);
- d) a imputação objetiva; e
- e) a tipicidade.

O fato típico se diferencia do *fato material*, que é o conjunto dos elementos de natureza objetiva descritos pela norma incriminadora.

São elementos do fato material:

- a) a conduta;
- b) o resultado;
- c) o nexo causal.

Acrescendo-se a esses elementos a tipicidade e a imputação objetiva, teremos o fato típico.

Faltando um dos elementos do fato típico a conduta passa a constituir um indiferente penal. É um *fato atípico*.

Capítulo XXI

DA CONDUCTA

1. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS

Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade¹.

Características:

a) A conduta se refere ao comportamento do homem, não dos animais irracionais. O ato do homem, por sua vez, só constitui conduta como expressão individual de sua personalidade. Como vimos, sujeito ativo do delito nas infrações penais comuns só pode ser uma pessoa física. A pessoa jurídica não é *capaz* de delinquir no tocante a crimes comuns, como o furto, o homicídio etc. De ver que a Lei n. 9.605, de 12-2-1998, em seus arts. 3.º e 21 a 24, admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação a delitos ambientais.

b) *Cogitationis poenam nemo patitur*. Só as condutas corporais externas constituem ações. O Direito Penal não se ocupa da atividade puramente psíquica.

c) A conduta humana só tem importância para o Direito Penal quando voluntária.

d) O comportamento consiste num movimento ou abstenção de movimento corporal.

1. Conceito tradicional que abandonamos: conduta (ou ação), em sentido amplo, é um comportamento humano voluntário consistente num movimento ou abstenção de movimento corpóreo (antiga posição de José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 2, p. 50) (conduta e ação).

Daí os elementos da conduta, que são:

a) um ato de vontade dirigido a uma finalidade;

b) *atuação* positiva ou negativa dessa vontade no mundo exterior (manifestação da vontade por meio de um fazer ou não fazer).

O primeiro elemento é um ato de vontade dirigido a um fim. De acordo com Welzel, a vontade abrange:

a) o objetivo pretendido pelo sujeito;

b) os meios usados na execução; e

c) as consequências secundárias da prática².

O segundo elemento da conduta é a manifestação de vontade, que Soler chamava de *atuação*. É o movimento ou abstenção do movimento corpóreo. Podemos falar, então, tendo em vista os dois elementos, em ato (em sentido amplo) voluntário, que se distingue das demais formas de ato pela sua natureza intelectual ou racional. É, por assim dizer, a fase final de um processo ativo que começa no campo intelectual e termina na esfera muscular. Há, portanto, dois aspectos a considerar:

a) o aspecto psíquico, de caráter eminentemente funcional;

b) o aspecto mecânico ou neuromuscular, que consiste no conjunto de impulsos de ordem psíquica que, atuando sobre os centros nervosos, determinam ou não os movimentos dos músculos estriados.

Não inserimos o resultado no conceito da conduta, pois é consequência dela. A conduta é a simples *manifestação* da vontade. O resultado corresponde à alteração do mundo exterior causada pela conduta.

A conduta não se confunde com o ato. Este é um momento daquela. Se um indivíduo mata outro com diversos golpes, há vários atos, mas uma só conduta.

2. AUSÊNCIA DE CONDUTA

Se a vontade constitui elemento da conduta, é evidente que esta não ocorre quando o ato é involuntário.

De acordo com Jolivet, o ato voluntário: “1) Deve ser espontâneo, isto é, proceder de uma tendência própria e interior à vontade; se não, é coagido e forçado. 2) O fim deve ser conhecido como tal; se não, o ato não é voluntário, mas natural ou instintivo, pois procede de um princípio interior cego, como é o caso da atividade vegetativa ou animal”³.

2. *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. José Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, p. 28.

3. *Curso de filosofia*, trad. Eduardo Prado de Mendonça, Rio de Janeiro, Agir, 1957, p. 399.

Dáí não ocorrer conduta tipicamente relevante no reflexo, que é uma reação automática de ação ou de inibição que ocorre imediatamente após a excitação de um nervo sensitivo. Assim, se alguém, por causa de um reflexo rotuliano, danificar um objeto, não cometerá crime de dano, pois não há o primeiro elemento do fato típico (conduta). É que, neste caso, o movimento corporal não se realiza sob o influxo anímico.

O mesmo não ocorre com os atos instintivos, formas de reação espontânea motivada por uma necessidade interna. Como ensina Maggiore, o ato instintivo se distingue do reflexo, pois este é puramente fisiológico e se dirige a um só órgão. O instintivo, pelo contrário, pode ser acompanhado de um elemento psíquico, como o sentimento, requerendo a participação de vários órgãos. Inclui também os atos automáticos, resultantes de prolongada repetição dos mesmos movimentos. Nestes casos o ato pode ser controlado pela atenção, o que basta para que seja considerado conduta tipicamente relevante⁴. Mezger, estudando o assunto, diz que é preciso distinguir o ato reflexo do atuar impulsivo, que tem sua origem num processo anímico. São as “ações de curto-circuito”, que se realizam sem colaboração e iludindo a personalidade total. Havendo um querer, ainda que primitivo, participando do processo genético do movimento corpóreo, não se exclui de antemão a conduta⁵.

Quanto à coação irresistível, é preciso distinguir. Tratando-se de coação física (*vis absoluta*), em que o sujeito pratica o movimento em consequência de força corporal exercida sobre ele, não há conduta. Ex.: forçar fisicamente alguém a assinar um documento falso. Nesse caso, o autor do falso é o coator. Se se cuida, porém, de coação moral (*vis compulsiva*), a conduta existe, mas não há culpabilidade. Ex.: forçar alguém a assinar um documento falso mediante grave ameaça. Existe o fato típico, pois a ação é juridicamente relevante, mas não se há de falar em culpabilidade, aplicando-se a regra do art. 22, 1.^a parte (causa de exclusão da culpabilidade). Em tal situação, a vontade é suficiente para constituir a ação, mas, sob o ponto de vista do juízo de reprovação, não é bastante para configurar o elemento normativo da culpabilidade.

Como exemplos de ausência de conduta podem ser citados ainda os casos de movimentos praticados durante o sonho ou sonambulismo, sob sugestão ou hipnose e em estado de inconsciência⁶.

4. *Derecho penal*, trad. José J. Ortega Torres, Bogotá, Ed. Temis, 1954, v. 1, p. 318 e 319.

5. *Tratado de derecho penal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, v. 1, p. 216 e 217.

6. Cf. Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 3, p. 690 e 691.

3. TEORIAS DA CONDUTA

Existem várias teorias a respeito da conduta. Entre elas, as principais são:

- 1.^a) teoria naturalista;
- 2.^a) teoria social; e
- 3.^a) teoria finalista.

a) Teoria naturalista ou causal da ação

Conceitua a conduta como um comportamento humano voluntário no mundo exterior, consistente num fazer ou não fazer, sendo estranha a qualquer valoração. Remonta a Beling, que dizia: “Ação é um comportamento corporal (fase objetiva da ação), produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de energia muscular, fase subjetiva da ação), isto é, comportamento corporal voluntário consistente já num *fazer* (ação positiva), ou seja, um movimento corporal, como levantar a mão etc., já num *não fazer* (omissão), isto é, distensão dos músculos”⁷. Franz von Liszt ensinava que se deveria partir da noção simples do ato, abstraindo-se sua significação jurídica⁸.

Nessa teoria a conduta é concebida como um simples comportamento, sem apreciação sobre a sua ilicitude ou reprovabilidade. É denominada naturalista ou naturalística porque incorpora as leis da natureza no Direito Penal. Nos termos dessa teoria, a conduta é um puro fator de causalidade. Daí também chamar-se *causal*. Para ela a conduta é o efeito da vontade e a causa do resultado. Tudo gira em torno do nexo de causalidade: vontade, conduta e resultado. A vontade é causa do comportamento e este, por sua vez, é causa do resultado. Tudo isso se analisa sob o prisma naturalístico, de acordo com as leis da natureza, sem qualquer apreciação normativa ou social. Entre nós, a teoria mecanicista era adotada por José Frederico Marques, que afirmava: “Uma e outra conduta” (ação ou omissão) “se situam no plano naturalístico do comportamento humano, isto é, no mundo exterior por serem um ‘trecho da realidade’ que o Direito submete, ulteriormente, a juízo de valor, no campo normativo”. Em outra passagem, assinalava: “A ação em sentido lato é ‘acromática’, como o diz Jiménez de Asúa, por isso que é

7. *Esquema*, p. 9. Estamos empregando a expressão “ação” como sinônimo de “conduta”.

8. *Tratado de derecho penal*, trad. Asúa, 3. ed., Madrid, Ed. Reus, v. 2, p. 390.

focalizada sem qualquer conteúdo finalístico ou normativo. Não se examina, assim, se a conduta do agente, no plano da tipicidade, está ligada intencionalmente ao resultado, tampouco a sua *causa finalis* em qualquer dos aspectos que possa oferecer. Manifestação externa da vontade — a conduta humana é assim ‘um acontecer que tem por impulso causal um processo interno volitivo’ — pouco importando ‘qual seja o conteúdo ou o alcance dessa vontade’”⁹. Era a posição de Aníbal Bruno, que sustentava “um conceito puro da ação, isento de todo juízo de valor, de toda referência a elemento próprio de qualquer dos outros componentes conceituais do crime; a ação tomada como pura realização da vontade no mundo exterior”¹⁰.

Como ensina Welzel, para a doutrina preventiva, que via na sanção penal somente uma medida de proteção social contra a lesão de interesses jurídicos, interessava mais o aspecto material do delito, considerado como a lesão de um bem penalmente tutelado, pelo que a conduta era o efeito causal da vontade. De acordo com o moderno Direito Penal, porém, o centro de interesse não é o efeito jurídico produzido pelo resultado, mas sim a natureza do comportamento reprovável. Diante disso, cai por terra a teoria naturalista da ação, uma vez que se importa somente com o aspecto causal da questão, encontrando enormes dificuldades para mal explicar o delito omissivo. Se, de acordo com os princípios mecanicistas, nada pode ser produzido do nada, não se compreende como a omissão possa sofrer a incidência da relação de causalidade. Como diz Maurach, “o delito de omissão não pode originar nenhuma causalidade”¹¹.

Além disso, a teoria naturalista se fundamenta nas leis das ciências naturais. Ora, o Direito Penal existe para reger e proibir condutas no meio social. Diante disso, os seus postulados não devem sofrer a incidência reitora exclusivamente dos princípios naturais. Como o delito é um fenômeno social, as normas que o regem devem ter por fundamentos princípios sociológicos, baseados na convivência social.

É errôneo distinguir a conduta em duas partes: processo causal exterior e conteúdo subjetivo da vontade. Para a doutrina causal, porém, não

9. *Tratado de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1956, v. 2, p. 50 e 54, n. 2 e 5. Hoje, José Frederico Marques adota a teoria finalista da ação.

10. *Direito penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 1, t. 1, p. 296, nota 2. Era a nossa orientação (*Direito penal*, São Paulo, 1972, v. 1, p. 337, n. 5).

11. O conceito finalista de ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito, trad. Elizabeth dos Santos Carvalho, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 14:23.

se confundem. O conteúdo da vontade é o reflexo interior do acontecer exterior. A conduta é o efeito da vontade, sem considerar o seu conteúdo, que corresponde à finalidade do comportamento. Enquanto a ação pertence ao fato típico, abarcando apenas a vontade (simples voluntariedade), o conteúdo da vontade pertence à culpabilidade. Era a opinião, entre nós, de José Frederico Marques: “A voluntariedade da conduta ativa não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado. O querer intencional de produzir o resultado é matéria pertinente à culpabilidade, e não à ação. Não se confunde, assim, a voluntariedade da ação com o juízo sobre a culpabilidade do fato punível e ilícito. No primeiro caso, verifica-se a existência da vontade como suporte psíquico do ato; na segunda hipótese, formula-se um juízo de vontade”¹².

Essa doutrina recebeu severa crítica de Welzel.

Para ele, o conteúdo da vontade, que antecipa mentalmente as consequências possíveis de uma conduta voluntária e que dirige, de acordo com o plano do autor baseado no plano causal, o suceder externo, foi convertido pelos naturalistas em simples *reflexo* do processo causal externo na alma do sujeito. Além disso, a teoria mecanicista peca na doutrina da tentativa. Ela afirma que o conteúdo da vontade não pertence à conduta (ação), sendo que esta é apenas causa do resultado. Ora, para que se diga que existe tentativa de determinado crime é preciso dizer que houve uma conduta tendente à produção de certo resultado, que o sujeito desejou produzir certo evento, não alcançado por circunstâncias independentes de sua vontade. Então, na conduta da tentativa existe o conteúdo da vontade. E, se a conduta é a produtora do resultado, como afirmar isso na tentativa, que não tem resultado? Como diz Welzel, “a tentativa não é um mero processo causal que não produz seu efeito, mas uma conduta que *aponta* a um resultado escolhido previamente; por conseguinte, uma ação na qual o conteúdo da vontade é um elemento constitutivo. Como se poderia definir de outro modo a tentativa de homicídio, a não ser como uma ação com a qual o autor quer matar a um homem? Se o conteúdo da vontade é uma parte integrante, necessária, da ação, na tentativa, seguirá sendo assim quando se produz o resultado. Em face desse fato, fracassa toda interpretação causal da ação”¹³.

b) Teoria social da ação

Essa teoria compreendeu que um conceito tão importante como o da ação, produtor de relevantes efeitos na estrutura do delito, não podia atender

12. Ob. cit., p. 51.

13. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, in *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. José Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, p. 32 e 33.

exclusivamente a princípios fundamentados nas leis da natureza. Diante disso, reconheceu a necessidade de situar o problema numa relação valorativa com o mundo social. O conceito de ação, tratando-se de um comportamento praticado no meio social, deve ser valorado por padrões sociais. Assim, ação é a realização de um resultado socialmente relevante, questionado pelos requisitos do Direito e não pelas leis da natureza. Diante disso, ação nada mais é que a causação de um resultado, não importando qual. O conteúdo da vontade, em que se perquire qual o resultado visado pelo agente, não pertence à ação, mas à culpabilidade. É suficiente, na vontade da ação, que o agente tenha querido *alguma coisa*. O problema referente *àquilo* que ele quis pertence à culpabilidade.

A teoria social da ação é criticável.

Em primeiro lugar, ela não deixa de ser *causal*, merecendo os mesmos reparos que a doutrina faz à teoria mecanicista: não resolve satisfatoriamente o problema da tentativa e do crime omissivo. Por outro lado, se ação é a causação de um resultado socialmente importante, como se define a conduta nos crimes de mera conduta ou mero comportamento?

Essa teoria, como a causal propriamente dita, dá muita importância ao desvalor do resultado, quando o que importa é o desvalor da conduta. Se a ação é a causação de um resultado socialmente relevante, então não há diferença entre uma conduta de homicídio doloso e um comportamento de homicídio culposo, já que o resultado é idêntico nos dois casos. A diferença será feita não na ação ou no fato típico, mas no terreno da culpabilidade. Diante disso, não se pode com propriedade falar em *conduta* dolosa de homicídio. Só a análise do fato diante da culpabilidade é que permitirá o emprego de tal expressão. Por esses motivos, essa teoria foi repudiada pela doutrina penal.

c) Teoria finalista da ação

A teoria da ação finalista, que tem em Welzel o seu mais extremado criador e precursor, com fundamento nas ideias filosóficas de Honigswald e Nikolai Hartmann, constituiu-se na reação lógica contra os errôneos postulados das doutrinas causais da ação, produzindo efeitos na estrutura do tipo, da ilicitude e da culpabilidade.

A doutrina penal, mesmo antes de Welzel, havia percebido que a adoção da teoria causal da ação levava à perplexidade. Diante dela, não havia diferença entre a ação de uma lesão dolosa e a de uma lesão culposa, visto que o resultado nos dois crimes é idêntico (ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima). O desvalor do resultado não constitui elemento diversi-

ficador. A diferença está na ação: é o desvalor da ação que faz com que um homicídio doloso seja apenado mais severamente do que um homicídio culposo, embora o resultado morte seja elementar dos dois delitos. Diante disso, viram que os crimes não se diferenciam só pelo desvalor do resultado, mas principalmente pelo desvalor do comportamento típico, ou, como diz Maurach, repetindo a antiga ideia reacionária, pelo “desvalor do fenómeno da ação por si só”¹⁴.

Com base nesses pensamentos iniciais, Welzel, socorrendo-se de ideias filosóficas, criou a teoria finalista da ação.

De acordo com Hartmann, a ação está constituída pela direção do “suceder real”, pelo desejado pelo agente, por interposição de componentes determinantes. A ação é uma atividade final humana. Partindo disso, Welzel afirma que a ação humana é o exercício da atividade finalista. É, portanto, um acontecimento finalista, e não somente causal. A finalidade, diz ele, ou atividade finalista da ação, baseia-se em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as consequências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos de distinta índole. Conhecendo a teoria da causa e efeito, tem condições de dirigir sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos. A causalidade, pelo contrário, não se encontra ordenada dessa maneira. Ela é cega, enquanto a finalidade é vidente¹⁵.

Daí a diferença entre um homicídio e um raio mortal. No homicídio há uma série de condutas humanas tendentes à produção do resultado morte da vítima: compra da arma, escolha do local, emboscada, pontaria e disparo; no raio mortal o resultado morte é efeito cego dos componentes causais dispostos pela natureza. Por isso, a vontade finalista pertence à ação, quer dizer, aquilo que os mecanicistas chamam de conteúdo da vontade, que corresponde à vontade tendente à produção de determinado fim, pertence à conduta, primeiro elemento do fato típico. A vontade abrange:

- a) o objetivo que o agente pretende alcançar;
- b) os meios empregados; e
- c) as consequências secundárias.

O nexu finalista da ação só se estende a esses elementos, quais sejam, aos resultados propostos pela vontade. Em relação ao não proposto pela vontade, rege o princípio causal. A enfermeira, ensina Welzel, que sem

14. Art. cit., p. 26.

15. *La teoría de la acción finalista*, trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker, Buenos Aires, Depalma, 1951, p. 20.

pensar em nada aplica uma dose de morfina demasiado forte, de efeito mortal, realiza uma injeção finalista de cura, mas não uma ação finalista de homicídio. O sujeito que, na penumbra, atira num homem, supondo tratar-se de um tronco de árvore, realiza um tiro finalista de exercício, mas não uma conduta finalista de homicídio. Nos dois casos, conclui, “a consequência ulterior não querida (morte) originou-se de modo cegamente causal pela ação finalista (ação finalista da injeção de cura e do exercício de tiro)”¹⁶.

A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, que consiste na vontade de concretizar as características objetivas do tipo penal, mas também com a culpa. O Direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, também, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produzam resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal consequência, ingressam no rol dos delitos culposos.

Em determinado momento da evolução dogmática do Direito Penal, a doutrina entendia que a antijuridicidade era exclusivamente objetiva, não dependendo da vontade do sujeito. Essa ideia vingou até que foram descobertos os chamados elementos subjetivos do injusto, expressão adotada por aqueles que apreciam a ilicitude concretizada no tipo (Mezger). Como dizia Aníbal Bruno, partidário da ilicitude objetiva, a repulsa a uma concepção subjetiva da antijuridicidade não importa em negar a existência do que alguns chamam elementos subjetivos do injusto típico, em negar que uma ação possa ser contrária ou conforme ao Direito segundo a atitude subjetiva do agente, segundo o sentido que ele atribua ao seu comportamento¹⁷. Partindo desse ponto, Welzel entendeu que não somente a intenção, como também o dolo, nesses casos, pertencem à ação e ao tipo. Se nos crimes com elementos subjetivos do injusto o dolo pertence à ação e ao tipo penal, por que nos outros crimes sem esses elementos pertenceria à culpabilidade? Diante disso, segundo a doutrina finalista da ação, a teoria reinante teve por necessidade incluir o dolo na ação (conduta) e no tipo penal¹⁸.

Se eu vejo um homem, empregando um fuzil, atirar em outro, matando-o, pela simples apreciação objetiva não posso dizer qual o tipo penal

16. *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. José Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, p. 28.

17. Antijuridicidade, *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, 1954, p. 204.

18. Welzel, *La teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, Depalma, 1951, p. 31.

realizado: pode tratar-se de homicídio doloso, se quis a morte ou assumiu o risco de produzi-la; pode tratar-se de erro de tipo invencível, se pelas circunstâncias foi levado a crer que era o vulto um animal bravo; pode ser um homicídio culposo; ou um erro de fato provocado por terceiro; ou crime de disparo de arma de fogo. Como diz Maurach, só depois de saber — e isso mediante um exame dos processos psicológicos na mente do sujeito — que quis matar a vítima, será possível afirmar que houve um tipo de homicídio doloso¹⁹. Assim, somente após a análise do conteúdo da vontade é que posso afirmar que houve determinado tipo penal. Em face disso, a vontade final, isto é, o dolo, faz parte do tipo. O dolo funciona como elemento subjetivo do tipo. A figura típica possui duas partes: uma subjetiva, de cunho *final*, e outra objetiva, de natureza *causal*, dirigida por aquela.

Em consequência, o dolo é retirado da culpabilidade, não constituindo espécie (teoria psicológica) ou elemento da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta, primeiro elemento do fato típico. Como observa Carlos Adalmyr Condeixa da Costa, “por estar a *finalidade* na *ação* (ao mesmo tempo em que o *dolo* e a *finalidade* são da mesma identidade), temos que o *dolo* está na *ação* (representada no âmbito penalístico por um *tipo penal*) e, conseqüentemente, a dedução do *dolo* no *tipo* (o injusto típico). Com esta tese a Teoria da Ação Final fulmina a Doutrina da Ação Causal”²⁰.

Quanto à culpa, nos termos da tese de Welzel, “la inobservancia del cuidado objetivo pertenece a lo injusto de los delitos culposos”²¹.

Assim, no crime culposo, a conduta descrita no tipo (“se o homicídio é culposo”) está integrada pela inobservância do dever de diligência na vida de relação²². Quem tem habilidade para realizar uma conduta “adequadamente”, deve executá-la “adequadamente”. Aquele que não possui tal habilidade deve abster-se de realizar o comportamento desejado. “Com o comportamento *adequado* que assim se estabelece, deve ser comparado o *efetivo* comportamento do agente, para verificar-se se ele é típico no sentido de

19. O conceito finalista de ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito, trad. Elizabeth dos Santos Carvalho, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 14:30-1.

20. *Dolo no tipo*, Prêmio Santo Ivo de Direito Penal, Ordem dos Advogados do Brasil, Guanabara, p. 20.

21. Na linguagem de Welzel, o injusto é a conduta antijurídica, isto é, o tipo.

22. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, in *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. José Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, p. 48, 49 e 75.

um crime culposos: toda ação que não corresponder a tal comportamento adequado é típica no sentido do crime culposos”²³.

4. FORMAS DA CONDUTA: AÇÃO E OMISSÃO

a) Ação

A ação é a que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade.

A maioria dos núcleos dos tipos se consubstancia em modos positivos de agir, como matar, apropriar-se, destruir, danificar etc. Quando o crime é cometido por essa forma positiva de agir diz-se que foi praticado mediante comissão. Quando, não obstante o verbo indicar um modo positivo, o crime pode ser praticado mediante omissão, fala-se em crime comissivo por omissão. Ex.: a mãe mata o filho mediante privação de alimentos.

Alguns autores ensinam que a comissão não é somente movimento corpóreo, mas também a inércia, a inatividade. Seria uma forma estática de prática de crimes comissivos, que não se identificaria com a omissão. Dão como exemplo a invasão de domicílio, na modalidade de permanecer²⁴. A maior parte da doutrina, porém, entende a comissão como um movimento corpóreo, um movimento muscular. Assim, diz Grispigni que a ação em sentido estrito “si concreta in un facere, un movimento corporeo esterno, percepibile dagli altri, sia degli arti sia delle altre parti del corpo, come es., uno sguardo, un bacio”²⁵. A nosso ver, no exemplo da invasão de domicílio, a contrário de Aníbal Bruno, há um crime omissivo.

b) Omissão

1. Teorias

Há duas teorias sobre a natureza da omissão:

23. Welzel, Culpa e delitos de circulação, trad. Nilo Batista, *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, 3:27-8.

24. Dizia Aníbal Bruno: “A ação em sentido estrito nem sempre se traduz em movimento corpóreo. O agente pode praticá-la de maneira puramente estática, que não é uma omissão, mas uma ação positiva, um fazer, não um abster-se de fazer. Assim é a atitude do indivíduo que simplesmente permanece na casa alheia, contra a vontade do dono, e só com isso realiza o crime de violação de domicílio” (ob. cit., 3. ed., 1978, v. 1, t. 1, p. 301).

25. *Diritto penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1952, v. 2, p. 28. No mesmo sentido: Antolisei, Florian, Bettiol, Mezger, Maggiore, Cuello Calón e Soler.

- a) teoria naturalística;
- b) teoria normativa.

De acordo com a concepção naturalística, a omissão é uma forma de comportamento que pode ser apreciada pelos sentidos, sem que seja preciso evocar a norma penal. Esta só teria função de atribuir a ela relevância em face do Direito.

Para os partidários da teoria normativa, a omissão não é um simples não fazer, mas *não fazer alguma coisa*. O fundamento de todo crime omissivo constitui uma ação esperada. Sem ela (ação pensada, esperada) não é possível falar em omissão no sentido jurídico. Assim, a omissão, por si mesma, não tem relevância jurídica. O que lhe dá esse atributo é a norma, que impõe um determinado comportamento. Ela surge para o Direito quando se constata que a conduta exigida pela norma não foi realizada pelo sujeito, que deixou de observar o dever jurídico de agir. Adotamos a teoria normativa. Foi acatada pelo CP na reforma de 1984 (art. 13, § 2.º).

A omissão é a não realização de um comportamento exigido que o sujeito tinha possibilidade de concretizar. Assim, a possibilidade de realização da conduta constitui pressuposto do dever jurídico de agir. Só há omissão relevante quando o sujeito, tendo o dever jurídico de agir, abstém-se do comportamento.

Não pode ser aceita a teoria que considera a omissão como um *aliud agere*; a omissão como conduta do sujeito não é um *quid vacui*; quem omite não permanece inativo, mas realiza uma ação diferente à que se podia e devia esperar. Ora, o sujeito da conduta omissiva pode, simplesmente, permanecer inerte (dormindo, p. ex.) e subsumir o seu comportamento a uma norma penal incriminadora. É o caso da enfermeira que, tendo de medicar o paciente em estado de coma de hora em hora, permanece dormindo, causando-lhe a morte.

Também não pode ser aceita a teoria que considera a omissão como um *nihil facere*, pois o sujeito pode, ao invés de permanecer inerte, realizar conduta diversa. É o caso do sujeito que impede outro de prestar socorro à vítima em grave e iminente perigo.

A essência da omissão reside na ausência de atividade, que pode advir de um *aliud facere* ou de inércia. O que não se compreende é que se diga que a sua essência é totalmente um *aliud facere* ou um *nihil facere*, pois pode ser realizada por meio das duas formas. O que importa é a conduta omitida. É no tocante a esta, e não ao comportamento negativo, que incidem os juízos de ilicitude e de culpabilidade.

2. Formas

A conduta omissiva dá lugar a duas formas de crimes:

- a) crimes omissivos próprios (ou puros);
- b) crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão.

3. Crimes omissivos próprios

São os que se perfazem com a simples conduta negativa do sujeito, independentemente de produção de qualquer consequência posterior. A norma que os contém, ao invés de um mandamento negativo (não furtarás, p. ex.), determina um comportamento positivo. Para isso, a figura típica, de forma implícita, descreve uma conduta positiva que deve ser realizada pelo agente em face das circunstâncias por ela narradas. Então, o crime consiste em o sujeito amoldar a sua conduta à descrição legal por ter deixado de observar o mandamento proibitivo determinado pela norma. Ele não cumpre o dever de agir contido implicitamente na norma incriminadora. Assim, na omissão de socorro (art. 135) o núcleo do tipo é o verbo “deixar”, enquanto o mandamento é a prestação de assistência às pessoas enumeradas no texto (“não deixarás de prestar assistência”). São omissivos próprios, dentre outros, os crimes dos arts. 236 (“ocultando-lhe”), 244, 246, 257 (“ocultar”), 269, 299 (“omitir”), 305, 319 e 356 (“deixar”).

Convém observar que há crimes omissivos próprios que podem ser cometidos com uma ação inicial. É o caso da apropriação de coisa achada (art 169, II), que pode ter uma conduta inicial positiva (invenção e aposseamento da *res desperdita*), consumando-se quando o sujeito deixa de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, ou de entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de quinze dias. Esses delitos se denominam de conduta mista.

4. Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão

São delitos em que a punibilidade advém da circunstância de o sujeito, que a isto se encontrava obrigado, não ter evitado a produção do resultado, embora pudesse fazê-lo. Ele se omite, ocorrendo o resultado. Isso não quer dizer que ele produz o resultado, uma vez que da omissão, fisicamente, nada surge. Ocorre que a lei considera que o não fazer tem o mesmo valor do fazer. Assim, pode-se praticar um homicídio por meio de um comportamento positivo (desferir facadas, p. ex.) ou negativo (deixar a vítima morrer de inanição). A norma considera que “o omitente, como *garantidor*, está obrigado a impedir o resultado”, sendo que o

“omitir-se corresponde valorativamente à realização do tipo legal por meio de um fazer ativo”²⁶.

Chamam-se omissivos impróprios porque não se confundem com os omissivos puros. Nestes últimos, a conduta negativa é descrita pela lei. Nos omissivos espúrios, ao contrário, a figura típica não define a omissão. O tipo não descreve condutas proibidas, deixando ao exegeta a tarefa de indicar se, em face do ordenamento jurídico, o *omitente* pode ser equiparado ao *agente* e, em consequência, sofrer a imposição da sanção contida no preceito secundário da lei incriminadora. Ex.: o crime de aborto, que tem como núcleo do tipo o verbo *provocar*, admite a forma executiva comissiva por omissão. É o caso da parteira que, contratada para assistir à gestante, voluntariamente deixa de tomar uma providência necessária para evitar o aborto espontâneo.

Para que alguém responda por crime comissivo por omissão é preciso que tenha o dever jurídico de impedir o resultado.

Quando existe o dever jurídico de impedir a produção do resultado?

Esse dever existe em três casos distintos:

- 1.º) quando advém de um mandamento legal específico;
- 2.º) quando o sujeito, de outra maneira, tornou-se garantidor da não ocorrência do resultado;
- 3.º) quando um ato precedente determina essa obrigação (CP, art. 13, § 2.º).

Essa matéria será estudada no tema da relação de causalidade.

5. Caso fortuito e força maior

Qual a natureza jurídico-penal do caso fortuito e da força maior?

Há duas opiniões a respeito:

- 1.ª) são excludentes da culpabilidade;
- 2.ª) são excludentes do nexo de causalidade.

Em face da legislação penal italiana, que inclui o caso fortuito e a força maior na questão da culpabilidade, Bettiol ensinava que é a imprevisibilidade “que caracteriza o caso fortuito como acontecimento que acom-

26. Johannes Wessels, *Direito penal*; parte geral, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976, p. 158.

panha ou que segue a ação de modo a determinar, conjuntamente com esta, um evento lesivo... O caso fortuito exclui assim a culpabilidade uma vez que, faltando a previsibilidade do evento, desaparece a possibilidade de uma motivação diversa”. Citando Cavallo, dizia que “toda e qualquer ação lesiva de um bem juridicamente tutelado pode ser declarada não culpável, porque inexigível, quando ocorra a força maior”²⁷.

Em campo oposto, perfilhando a teoria objetiva, Grispigni observava que a verificação do fortuito se traduz, “sem possibilidade de dúvida, em que um evento não pode juridicamente ser relacionado com uma conduta, que dele seja causa, pois no tocante a essa conduta ele se apresenta como um evento casual e imprevisível”²⁸.

Entendemos que o *casus* (i.e., a circunstância imprevista, o caso fortuito) não exclui o nexo de causalidade. É errada a afirmação de que o caso fortuito e a força maior *rompem* a relação causal. Esta existe ou não existe, sendo impossível ser extinta depois de sua ocorrência. Se estou dirigindo um veículo quando há rotura da barra de direção, havendo atropelamento e morte de um terceiro, existiu o nexo causal: se eu não estivesse dirigindo não ocorreria a morte da vítima.

A solução, segundo nossa posição anterior, era a seguinte:

O dolo e a culpa, de acordo com o finalismo, constituem elementos do tipo, integrando a conduta: esta só é típica quando dolosa ou culposa. Ora, no *casus* não há dolo nem culpa. Logo, não havendo conduta dolosa ou culposa, não há conduta típica. Em consequência, quando interferem a força maior e o caso fortuito, não há crime por ausência de conduta dolosa ou culposa (primeiro elemento do fato típico). Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, o caso fortuito e a força maior devem ser considerados hipóteses de exclusão da tipicidade do fato.

Registre-se que Fernando Capez considera não haver crime na hipótese de caso fortuito e de força maior, os quais “excluem a própria conduta, por ausência de dolo ou culpa”²⁹. Cezar Roberto Bittencourt, por sua vez, adota o entendimento de Francisco Assis Toledo, para quem a força maior exclui a própria conduta, enquanto o caso fortuito apresenta-se como exclu-

27. *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, notas de Everardo da Cunha Luna, Revista dos Tribunais, 1971, v. 2, p. 147, 149 e 150.

28. *Diritto penale italiano*, 1947, v. 2, p. 112.

29. *Curso de direito penal*; parte geral, 12. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 145 e 171.

dente de culpabilidade. Assim, “na hipótese de força maior a punibilidade de um fato típico fica afastada diante da impossibilidade de evitar-se o resultado danoso, embora previsível. Na hipótese de caso fortuito, o fundamento da impunidade reside na imprevisibilidade do resultado, embora evitável, que é o mínimo exigível para configurar a culpa consciente”³⁰.

30. *Tratado de direito penal*; parte geral, São Paulo, Saraiva, 2008, v. 1, p. 373.

Capítulo XXII

DO RESULTADO

1. CONCEITO

Resultado é a modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário.

É comum o emprego da expressão *evento* como sinônimo de *resultado*, embora etimologicamente possuam significados diferentes. *Evento* quer dizer sucesso, acontecimento; *resultado* indica efeito, consequência. Todavia, nos trabalhos forenses e doutrinários, as expressões se equivalem¹.

É certo que a própria conduta já constitui modificação do mundo exterior. Todavia, o resultado é a transformação operada por ela, é o seu efeito, dela se distinguindo. Daí as palavras de grande significação técnica de Petrocelli, sempre repetidas, para o qual o resultado é “una modificazione del mondo esterno che segue a quell'altra modificazione del mondo esterno che é l'azione”². É por isso que não situamos o resultado no campo da conduta. Tanto é assim que o art. 15, ao tratar do arrependimento eficaz, contrapõe os “atos já praticados” ao “resultado”.

No caso do homicídio, temos o comportamento (ação de desferir facadas, p. ex.) e a modificação do mundo exterior, que constitui o resultado (morte da vítima).

2. TEORIAS

Há duas teorias sobre a natureza do resultado:

1. Veja sobre o assunto: Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, t. 3, p. 339, nota 3-bis.

2. *Principii di diritto penale*, 1944, v. 1, p. 326.

- a) teoria naturalística;
- b) teoria jurídica ou normativa.

Segundo a concepção naturalística, resultado é a modificação do mundo externo causada por um comportamento humano. O conceito resulta da relação entre a conduta e a modificação, prescindindo-se de sua análise em face da norma jurídica.

De acordo com a concepção jurídica (ou normativa), o resultado da conduta é a lesão ou perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal (afetação jurídica). Entendem os seus seguidores que delito sem evento constituiria conduta irrelevante para o Direito Penal, pois o que tem importância é a lesão jurídica, e não qualquer consequência natural da ação. Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, concede-se primazia ao resultado jurídico e não material.

3. HÁ CRIME SEM RESULTADO?

Enquanto para a teoria naturalística o resultado é uma entidade natural, distinta do comportamento do sujeito, para a concepção normativa é o mesmo fato, mas considerado sob o prisma da proteção jurídica. Daí a seguinte consequência: de acordo com os naturalistas há crime sem resultado; para os normativistas, porém, o resultado é elemento do delito. Compreende-se. Para os primeiros, que afirmam que o resultado não se confunde com a ofensa ao interesse tutelado pela norma, há delitos em que o comportamento do sujeito não produz uma modificação no mundo externo, como os de mera conduta, nos quais o tipo só faz referência ao comportamento, não descrevendo qualquer efeito da ação. Assim, todo crime produz lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico, mas há alguns que não possuem resultado. Para os segundos, é evidente que não há crime sem resultado, pois o consideram como um *eventus damni* ou um *eventus periculi*. Para eles, “todo crime produz um dano (real, efetivo), ou um perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração do mundo externo que afeta a existência ou a segurança do bem ou interesse que a lei protege com a *ultima ratio* da sanção penal”³.

Para os partidários da teoria do resultado jurídico, todo crime possui resultado, mesmo os de mera conduta, havendo nestes uma coincidência

3. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, t. 2, p. 13. Daí dizer Costa e Silva: “Na questão... uns e outros têm razão no ponto de vista em que se colocam” (*Código Penal*, 1943, p. 60).

temporal e espacial entre a ação e o evento⁴. Têm em consideração os arts. 40 e 43 do Código Rocco, nos quais se fala de resultado do que depende a existência do delito. Assim, para Maggiore, a declaração contida nessas disposições “es perentoria y vale para todo delito. Y es también significativa la calificación de cualquier resultado como ‘dañoso o peligroso’. Esta determinación quiere decir que la conducta criminosa es importante en ésta algun acontecimiento que ofende (daño o peligro) el orden jurídico”⁵.

Entre nós, tendo em vista os antigos arts. 11 e 15 do CP de 1940 e 13 e 18 atuais, *parece* que não há crime sem resultado. A anterior Exposição de Motivos, interpretando o antigo art. 15, afirmava que, “com o vocábulo ‘resultado’, a disposição ‘designa o efeito da ação ou omissão criminosa, isto é, o *dano efetivo* ou *potencial*, a lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente tutelado. O projeto acolhe o conceito de que não há crime sem resultado’. Não existe crime sem que ocorra pelo menos um perigo de dano; e sendo o perigo um ‘trecho da realidade’ (*um estado de fato* que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como *resultado*, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão” (n. 13). Daí afirmar Nélson Hungria “que não existe crime sem resultado. A toda ação ou omissão penalmente relevante corresponde um *eventus damni* ou um *eventus periculi*, embora, às vezes, não seja perceptível pelos sentidos”⁶.

Não constitui obstáculo ao entendimento da existência de crimes sem resultado naturalístico o que se contém nos arts. 13 e 18 do CP e na argumentação da anterior Exposição de Motivos. Na Itália, o CP, em seu art. 40, fala em “evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato”, e Antolisei afirmava que é frágil o argumento literal dos normativistas, pois a redação demonstraria somente que a existência de um delito pode depender de um resultado, não se excluindo, porém, a possibilidade de haver crime sem evento⁷. Dessa forma, a disposição do art. 13, *caput*, 1.^a parte, do nosso Código, apenas significa que existem crimes que dependem da produção do resultado, não significando em absoluto que não haja delito sem resultado. Por outro lado, é preciso interpretar o dispositivo em face de todo o sistema jurídico-penal. Se a legislação penal, como dizia

4. Maggiore, ob. cit., p. 367 e 368.

5. Ob. cit., p. 366.

6. Ob. cit., p. 13.

7. Ob. cit., p. 172.

José Frederico Marques, apesar do que se contém no art. 13, possui definições típicas de crimes de mera conduta, onde nem existe o resultado de perigo, indubitável que podem existir, em nossa sistemática legal, delitos sem resultado⁸.

Na verdade, o que não existe é infração sem evento jurídico, consistente no dano efetivo ou potencial, porque todo delito deve causar ameaça ou ofensa de um interesse ou bem jurídico. Quem invade o domicílio alheio, sem consentimento do proprietário, ofende o interesse jurídico concernente à tranquilidade doméstica (resultado jurídico). Mas o tipo (art. 150) não exige que de sua conduta advenha qualquer resultado material, pelo que o crime é de mera conduta (sem resultado naturalístico).

Em suma: os crimes de mera conduta não possuem resultado naturalístico.

Os delitos sem resultado não se confundem com os de perigo, em que, além do comportamento, exige o tipo a produção do resultado, consistente no perigo, que é uma alteração do mundo externo causada ou não impedida pelo comportamento.

Convém observar que hoje, adotada a teoria da imputação objetiva e se concedendo primordial importância ao resultado jurídico, perde relevância o tema da existência de crimes sem resultado naturalístico.

4. EM QUE CONSISTE O RESULTADO

O resultado, modificação do mundo exterior causada pela conduta, pode apresentar-se sob diversas formas. Segundo Antolisei, tais efeitos podem ser físicos, como a destruição de um objeto no crime de dano (art. 163); fisiológicos, como a morte de um homem no homicídio (art. 121), ou a perda de um membro nas lesões corporais (art. 129, § 2.º, III); ou psicológicos, como a percepção de uma expressão ofensiva por parte de uma pessoa na injúria e na difamação (arts. 140 e 139 do nosso CP). Em todos os casos, trata-se de uma consequência *natural* da conduta humana, distinta desta e relevante para o Direito, no plano da tipicidade⁹.

O perigo concreto constitui resultado em matéria penal.

8. Ob. cit., p. 65.

9. Ob. cit., p. 169.

Capítulo XXIII

DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

O terceiro elemento do fato típico é o nexo de causalidade entre o comportamento humano e a modificação do mundo exterior (resultado material). Cuida-se de estabelecer quando o resultado é imputável ao sujeito, sem atinência à ilicitude do fato ou à reprovação social que ele mereça (culpabilidade).

Ex.: A mata *B* a golpes de faca. Há o comportamento humano (atos de desferir facadas) e o resultado (morte). O primeiro elemento é a *causa*; o segundo, o *efeito*. Entre um e outro há uma *relação de causalidade*, pois a vítima faleceu em consequência dos ferimentos produzidos pelos golpes de faca. Ao estabelecer-se esse liame o juiz não irá indagar se o sujeito agiu acobertado por uma causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade. Verificará apenas se a morte foi produzida pelo comportamento do agente, pois a ilicitude e a culpabilidade pressupõem a imputação do fato a um sujeito. Somente após apreciar a existência do fato típico, no qual se inclui o nexo causal entre a conduta e o evento, é que fará juízos de valor sobre a ilicitude e a culpabilidade.

2. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES CAUSAIS

O nosso Código, ao resolver a questão do nexo de causalidade, adotou a teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes causais. Reza o art. 13, *caput*, 2.^a parte, que é considerada causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal. Tomando, p. ex., o movimento de um automóvel, são considerados a máquina, o combustível etc., que influem no movimento. Com a exclusão de qualquer deles, o movimento se torna impossível. Em relação ao resultado, ocorre o mesmo fenômeno: causa é toda condição do resultado, e todos os elementos antecedentes têm o mesmo valor. Não há diferença entre causa e condição, entre causa e concausa, entre causa e ocasião. Como dizia Von Buri, não é possível distinguir entre condições essenciais e não essenciais ao resultado, sendo causa do mesmo todas as forças que cooperam para a sua produção, quaisquer que sejam¹. Para saber se uma ação é causa do resultado basta, mentalmente, excluí-la da série causal. Se com sua exclusão o resultado teria deixado de ocorrer, é causa. É o denominado *procedimento hipotético de eliminação* de Thyrén, segundo o qual a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno². Suponha-se que A tenha matado B. A conduta típica do homicídio possui uma série de fatos, alguns antecedentes, dentre os quais podemos sugerir os seguintes: 1.º) produção do revólver pela indústria; 2.º) aquisição da arma pelo comerciante; 3.º) compra do revólver pelo agente; 4.º) refeição tomada pelo homicida; 5.º) emboscada; 6.º) disparo de projéteis na vítima; 7.º) resultado morte. Dentro dessa cadeia de fatos, excluindo-se os fatos sob números 1.º a 3.º, 5.º e 6.º, o resultado não teria ocorrido. Logo, são considerados *causa*. Excluindo-se o fato sob número 4.º (refeição), ainda assim o evento teria acontecido. Logo, a refeição tomada pelo sujeito não é considerada *causa*.

O CP não admite a *concausa*, que é a condição que concorre para a produção do resultado com preponderância sobre a conduta do sujeito. O Código de 1890 atribuíra privilégio ao homicídio doloso *concausal*, reduzindo a pena quando, para a produção do evento morte, tivessem concorrido *condições personalíssimas* da vítima ou *inobservância*, por parte desta, do *regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado*³. As concausas eram preexistentes ou supervenientes. As condições personalíssimas do ofendido

1. Apud Heleno Cláudio Fragoso, *Conduta punível*, São Paulo, 1961, n. 39.

2. Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 1, p. 268.

3. Art. 295, § 1.º: “Se a morte resultar, não da natureza e sede da lesão, e sim de condições personalíssimas do ofendido: Pena — de prisão celular por quatro a doze anos”. § 2.º: “Se resultar, não porque o mal fosse mortal, e sim por ter o ofendido deixado de observar o regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado: Pena — de prisão celular por dois a oito anos”.

eram concausas preexistentes. As supervenientes decorriam da inobservância, por parte da vítima, do regime médico e higiênico indispensável a seu estado. Provada uma concausa, a pena do homicídio era atenuada. O art. 295, *caput*, considerava mortal não só a lesão que por si mesma fosse a causa da morte do ofendido — causa eficiente da morte por sua natureza e sede — como aquela que, associada à constituição do indivíduo ou ao seu estado mórbido, produzisse a morte⁴. Do confronto do *caput* e do § 1.º do art. 295 surgiram dúvidas sobre se o legislador tinha ou não desejado estabelecer diferença entre *constituição* ou *estado mórbido anterior* e o que denominou *condições personalíssimas*. Para alguns, eram diferentes, sendo que como condições personalíssimas se entendiam os estados transitórios em que se encontrava o ofendido no instante da produção da lesão, como a cólera excessiva, a embriaguez aguda, o estômago sobrecarregado de alimentos etc. Para outros, eram a mesma coisa, porque é justamente o estado mórbido que acarreta a condição personalíssima⁵.

A lei era confusa e dava margem a injustiças. Em muitos casos, o agente contava com a concausa para conseguir o evento morte e, não obstante, a pena era atenuada. Daí a seguinte crítica de Ribeiro de Souza: “Seja como for, o certo é que o nosso Código é confuso e, diante das discussões travadas a respeito, melhor seria que o legislador moderno cortasse a controvérsia, sempre prejudicial à justiça”⁶.

O Código Penal de 1940, em face das críticas formuladas ao anterior, aboliu as concausas: é considerada causa toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Não importa que outra força causal tenha concorrido para a realização do evento. Diante disso, no crime de homicídio, o nexó causal entre o comportamento do agente e o resultado subsiste mesmo quando para a sua produção tenha concorrido, p. ex., particular condição fisiológica do ofendido ou ausência de tratamento adequado⁷,

4. Art. 295, *caput*, do CP de 1890: “Para que se repute mortal, no sentido legal, uma lesão corporal, é indispensável que seja causa eficiente da morte por sua natureza e sede, ou por ter sido praticada sobre pessoa cuja constituição ou estado mórbido anterior concorram para torná-la irremediavelmente mortal”. Em relação ao crime de homicídio, a lei brasileira filiava-se à teoria da causa eficiente (v. Roberto Lyra, *Direito penal*, Rio de Janeiro, Livr. Jacyntho Ed., 1938, v. 1, p. 121).

5. V. sobre o assunto: J. L. Ribeiro de Souza, *Processos criminais e comentários às leis penais em vigor*, Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia., São Paulo, 1929, p. 673 e s.

6. Ob. cit., p. 675.

7. Nélson Hungria, ob. cit., p. 65 e 66; Magalhães Noronha, *Direito penal*, Saraiva, 1980, v. 1, p. 129.

solução que, hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, cremos ser totalmente incorreta.

A crítica mais severa que se faz à teoria da *conditio sine qua non* é a que diz respeito à sua extensão⁸. Seria causa do homicídio a fabricação da própria arma usada pelo agente. Grispigni dava o seguinte exemplo: *A* abre com chave falsa uma porta para roubar. *B* entra pela porta e mata o dono da casa. *A* também seria responsável pela morte da vítima⁹. Cairíamos no que se denomina *regressus ad infinitum*: todos os agentes das condições antecedentes responderiam pelo crime, pois teriam contribuído materialmente para o evento. Na lesão corporal também seria responsável o comerciante vendedor do rebenque com que o agente houvesse golpeado a vítima, uma vez que excluía mentalmente a venda do instrumento o resultado não teria ocorrido. Objeta-se, ainda, que nas legislações que aceitam a responsabilidade penal objetiva, a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes seria perigosa. Responderia por lesão corporal seguida de morte o agente que causasse lesão leve à vítima, fazendo com que esta tomasse rumo diverso do da farmácia, vindo ela a morrer em consequência de um atropelamento¹⁰. Por isso, alguns autores, considerando que a teoria da *conditio sine qua non* não resolve a questão do nexo de causalidade, tendo em vista a responsabilidade objetiva, preconizam a da causalidade adequada nos crimes qualificados pelo resultado¹¹. Essa teoria, contudo, como outras, não soluciona a questão. Daí ter surgido, como veremos, a teoria da imputação objetiva, que dá soluções corretas a todos os temas propostos.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES

É evidente que, determinando o art. 13 que o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, a relação de causalidade só tem aplicação aos tipos de crimes que exigem a

8. Antolisei observa que essa teoria é combatida porque “supone una extensión excesiva del concepto de causa, extensión que conduce a resultados contrarios a las exigencias del Derecho y al sentimiento de justicia” (ob. cit., p. 178).

9. Ob. cit., p. 89, n. 55, *in fine*.

10. Em face do art. 13, § 1.º, a solução seria diversa: o agente só responderia pela lesão corporal leve.

11. Hugo Meyer, Frank, Von Liszt (até a 9. ed. de seu *Tratado*), Van Calker e Graf Zu Dohma (apud Heleno Cláudio Fragoso, *Conduta punível*, São Paulo, 1961, p. 95, nota 186).

produção do resultado. Diante disso, ficam excluídos os crimes de mera conduta e os formais, uma vez que nos primeiros o tipo só descreve o comportamento e nos segundos, não exige a produção do resultado.

Por outro lado, de observar os crimes de forma vinculada. Se o tipo descreve a conduta de forma toda particular, causa do evento é a própria conduta do sujeito, não havendo necessidade de procurar os seus antecedentes, que são atípicos. Como diz Antolisei, é evidente que quando é individualizada a “espécie de ação ou do meio com que deve ser atingido o resultado, a indagação causal fica circunscrita: uma causação estranha àquela ação e àquele meio não basta para a existência do crime e, por isso, sua verificação não interessa a quem deva aplicar a norma”¹².

4. DA CAUSALIDADE NA OMISSÃO

Não se fala em nexo causal objetivo nos crimes omissivos.

Ricardo C. Nuñez observa inexistir uma relação de causalidade física entre a omissão e o resultado, uma vez que, “carecendo a inatividade de eficácia ativa, vigora aqui o princípio de que *ex nihilo nil fit*”¹³. Daí afirmar-se que não há causalidade na omissão, já que do nada, nada surge¹⁴.

Assim, é incorreta a afirmação de que a omissão produziu o resultado, visto que no plano físico existem apenas ações. A estrutura da conduta omissiva é essencialmente normativa, não naturalística. A causalidade não é formulada em face de uma relação entre a omissão e o resultado, mas entre este e a conduta que o sujeito estava juridicamente obrigado a realizar e omitiu. Ele responde pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu realizando a conduta a que estava obrigado.

A doutrina penal moderna sugere que deve ficar a seu cargo a solução dos problemas referentes à relação de causalidade objetiva, recomendando a não inclusão de disposição a respeito dessa matéria no CP. O que a doutrina vem preconizando é a disciplina legislativa da conduta negativa nos crimes omissivos impróprios. É o que ficou decidido na Segunda Reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América

12. *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1934, p. 224, apud José Frederico Marques, ob. cit., p. 95.

13. *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Lerner, 1972, p. 154.

14. A omissão é normativa e não causal.

Latina, realizada no México em 1965¹⁵. Informava Heleno Cláudio Frago-
so que “o fundamento da responsabilidade, nesses casos, tem sentido muito
diverso do que ocorre nos crimes comissivos, motivo pelo qual os códigos
e projetos mais recentes procuram disciplinar expressamente a matéria”¹⁶.
Isso não significa regulamentação da relação de causalidade entre a omissão
e o resultado, mas sim de “dispor sobre a relevância da omissão, ou da
equiparação desta à ação”, “de reconhecer o conteúdo normativo desta e
disciplinar os seus limites”¹⁷.

O CP, no art. 13, § 2.º, regulamentando a relação de causalidade nor-
mativa nos delitos comissivos por omissão (ou omissivos impróprios) e,
assim, adotando a teoria da omissão normativa, determina:

“A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia
agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do
resultado”.

Dessa forma, nos delitos omissivos impróprios só responde pelo resul-
tado quem tinha o dever jurídico de agir, impedindo-o pela ação esperada.

Nota-se, contudo, que o *caput* da disposição, ao estatuir que se consi-
dera causa não só a ação como também a omissão, sem a qual não teria
ocorrido o resultado, adotou a teoria naturalística ou mecanicista da omissão,
em contradição com o § 2.º, que prevê a doutrina normativa. Heleno Cláu-
dio Fragozo já havia notado o mesmo no Anteprojeto do CP de 1969, que,
segundo ele, não considerou que a *equiparação* normativa da omissão à ação
não se coaduna com a teoria da condição negativa, que foi acolhida no *ca-
put* da disposição. Ou a omissão é causa, como condição negativa do resul-
tado, ou só é relevante como causa nas hipóteses em que o agente tem o
dever jurídico de impedir o resultado¹⁸.

15. *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, México, Academia Mexicana de Ciencias
Penales, 1967, p. 84/109 e 493.

16. Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, *Revista Brasi-
leira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, 11:175, n. 7, 1965.

17. Heleno Cláudio Fragozo, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*,
2:60, 1963.

18. *Revista*, cit., p. 60 e 61 — v. o conceito da teoria da condição negativa na p. 59.
Essa incongruência do Anteprojeto, que no *caput* adotava uma concepção naturalística e
no parágrafo um conceito normativo, foi bem apreendida por René Ariel Dotti: “A pro-
pósito, a manutenção de um critério *meccanicista* para definir a ação” (art. 13, *caput*) “e

O primeiro caso de dever jurídico de agir ocorre quando existe um mandamento imposto pela lei determinando a realização da conduta impeditiva do resultado. Ex.: a mãe deixa de alimentar o filho, que vem a morrer de inanição. Está descumprindo uma obrigação imposta pela lei (CC, art. 1.634). A obrigação de cuidado, proteção ou vigilância advém das relações de poder familiar, casamento, família, tutela, curatela, adoção etc.

No segundo caso, a doutrina não fala mais em *dever contratual*, uma vez que a posição de *garantidor* pode advir de situações em que não existe relação jurídica entre as partes. O importante é que o sujeito se coloque em posição de *garante* da não ocorrência do resultado, haja contrato ou não, como nas hipóteses em que voluntariamente assume encargo sem mandato ou função tutelar. Exs.: guia alpino e alpinista; enfermeiro e doente; salva-vidas e mau nadador. Suponha-se que o guia alpino, após o término do contrato para levar o alpinista até certa altura da montanha, resolva gratuitamente guiá-lo mais alguns dias. Trata-se de posição de garantidor, não havendo contrato entre as partes. Como já foi dito, “não é propriamente do contrato que surge o dever jurídico, mas de sua projeção social, como espécie de dever de direito público, exercendo-se não em relação ao outro contratante, mas ao corpo social. Por isso mesmo, as limitações impostas pelo contrato, e que se fundam no direito privado, não têm relevância” (Exposição de Motivos do CP de 1969, n. 9).

No terceiro caso, o sujeito pratica um fato provocador do perigo de dano, tendo por isso a obrigação de impedir o resultado.

Ex.:

Um exímio nadador convida alguém a acompanhá-lo em longo nado e, em determinado instante, vendo que o companheiro está perdendo as forças, não o socorre, deixando-o morrer¹⁹.

5. DA SUPERVENIÊNCIA CAUSAL

O legislador brasileiro, restringindo a aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, abriu-lhe uma exceção no § 1.º do art. 13, reprodução do art.

a disciplina da omissão através da fórmula *normativa*” (parágrafo que estamos estudando), “servem como referência para evidenciar a contradição do sistema em ponto de relevante importância” (*Pesquisas sobre a reforma penal*, Curitiba, Ed. Littero-Técnica, 1973, v. 1, p. 7 e 8). A incongruência do texto atual não se encontrava no Projeto do CP. Deveu-se a Emenda no Congresso Nacional.

19. O exemplo é de Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, Forense, 1977, v. 1, t. 2, p. 71). Aníbal Bruno citava os seguintes casos: “O gerente que fecha o estabelecimento comercial supondo-o vazio tem o dever de abri-lo desde que tem conhecimento de que nele ficou inadvertidamente retido algum empregado. Igualmente quem

41 do Código Rocco: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Junto à conduta do sujeito podem ocorrer outras condutas, condições ou circunstâncias que interfiram no processo causal, que denominaremos “causa”.

A causa pode ser preexistente, concomitante ou superveniente, relativa ou absolutamente independente do comportamento do agente.

Quadro sinótico:

CAUSAS	1. Absolutamente independentes em relação à conduta do sujeito	<ul style="list-style-type: none"> 1. preexistentes 2. concomitantes 3. supervenientes
	2. Relativamente independentes em relação à conduta do sujeito	<ul style="list-style-type: none"> 1. preexistentes 2. concomitantes 3. supervenientes

Exemplo de *causa preexistente absolutamente independente* da conduta do sujeito: *A* desfecha um tiro de revólver em *B*, que vem a falecer pouco depois, não em consequência dos ferimentos recebidos, mas porque antes ingerira veneno.

Exemplo de *causa concomitante absolutamente independente*: *A* fere *B* no mesmo momento em que este vem a falecer *exclusivamente* por força de um colapso cardíaco.

Exemplo de *causa superveniente absolutamente independente*: *A* ministra veneno na alimentação de *B* que, quando está tomando a refeição, vem a falecer em consequência de um desabamento.

Quando a causa é absolutamente independente da conduta do sujeito, o problema é resolvido pelo *caput* do art. 13: há exclusão da causalidade decorrente da conduta. Nos exemplos, a causa da morte não tem ligação alguma com o comportamento do agente. Em face disso, ele não responde pelo resultado morte, mas sim pelos atos praticados antes de sua produção. Se a causa, preexistente, concomitante ou superveniente, produz por si mesma o resultado, não se ligando de forma alguma com a conduta, em relação ao evento ela é uma *não causa*. Nélson Hungria citava o seguinte exemplo de Von Liszt: “*A* fere mortalmente o barqueiro *B*, mas este antes

que sobrevenha a morte em consequência do ferimento, perece afogado, porque um tufão fez soçobrar o barco”. Em face do antigo art. 11, *caput*, que corresponde ao atual art. 13, *caput*, dizia: “É claro que a A não pode ser imputada a morte de B, pois, ainda que suposta inexistente a sua ação, tal resultado teria igualmente ocorrido”. José Frederico Marques, sobre esse exemplo, observava: “No caso do barco tragado pelas ondas... aplica-se o art. 11, *caput*, porquanto suprimida *in mente* a agressão sofrida pela vítima com o tiro que recebeu, o resultado *in concreto* teria ocorrido”²⁰.

Portanto, a causa preexistente, concomitante ou superveniente que, por si só, produz o resultado, sendo *absolutamente independente*, não pode ser imputada ao sujeito, por força do art. 13, *caput*, do CP.

Exemplo de *causa preexistente relativamente independente* em relação à conduta do agente: A golpeia B, hemofílico, que vem a falecer em consequência dos ferimentos, a par da contribuição de sua particular condição fisiológica.

Exemplo de *causa concomitante relativamente independente*: A desfeca um tiro em B, no exato instante em que este está sofrendo um colapso cardíaco, provando-se que a lesão contribuiu para a eclosão do êxito letal.

Exemplo de *causa superveniente relativamente independente*: num trecho de rua, um ônibus, que o sujeito dirige, colide com um poste que sustenta fios elétricos, um dos quais, caindo ao chão, atinge um passageiro ileso e já fora do veículo, provocando a sua morte em consequência da forte descarga elétrica.

Nos dois primeiros exemplos, de acordo com o CP, as causas (hemofilia e colapso cardíaco) não excluem a linha de desdobramento físico desenvolvida pelas ações, de modo que os agentes respondem pelo resultado morte. Não é de ser aplicado o art. 13, *caput*, uma vez que trata, *a contrario sensu*, das causas absolutamente independentes. Naqueles exemplos não se pode dizer que as causas, de forma *exclusiva*, produziram o resultado.

Hoje, diante da teoria da imputação objetiva, que adotamos, cremos incorreta a solução do CP, como veremos.

penetra em um compartimento cheio de palha e feno fumando cachimbo, do qual, ao tropeçar o agente em um arame, saltam fagulhas sobre a palha, tinha o dever de impedir o incêndio que realmente ocorreu e devorou o compartimento e todo o edifício” (ob. cit., 3. ed., 1978, p. 315).

20. Nélson Hungria, ob. cit., p. 67 e 68; José Frederico Marques, ob. cit., p. 99.

No terceiro caso, o agente não responde pela morte do passageiro, mas somente pelos atos anteriores, se descritos como infração penal. É aí que cabe a aplicação do disposto no art. 13, § 1.º.

Vê-se que, de acordo com o sistema legal vigente, as causas preexistentes e concomitantes, quando relativamente independentes, não excluem o resultado. A causa superveniente, quando absolutamente independente, faz com que a ação anterior não seja *conditio sine qua non* do resultado, por ilação do próprio art. 13, *caput*. Quando relativamente independente, sendo que, por si só, produziu o resultado, exclui a imputação, respondendo o agente pela prática dos atos anteriores (art. 13, § 1.º). Se o parágrafo contemplasse a causa superveniente absolutamente independente, seria de uma inutilidade flagrante, pois a questão é resolvida pela cabeça do dispositivo.

Quadro sinótico:

CAUSAS	Absolutamente independentes em relação à conduta do sujeito	<div> <div>preexistentes</div> <div>concomitantes</div> <div>supervenientes</div> </div>	<div> <div>art. 13, <i>caput</i>, do CP</div> <div>(há exclusão do nexo de causalidade)</div> </div>
	Relativamente independentes em relação à conduta do sujeito	<div> <div>preexistentes</div> <div>concomitantes</div> <div>supervenientes</div> </div>	<div> <div>o resultado é imputável (art. 13, <i>caput</i>)</div> <div>o resultado não é imputável (art. 13, § 1.º)</div> </div>

Que se entende pela expressão “relativamente independente”?

Causa relativamente independente é a que, funcionando em face da conduta anterior, conduz-se como se por si só tivesse produzido o resultado (estamos tratando da causa superveniente). É o caso clássico do cidadão que, mortalmente ferido por outro, é transportado para um hospital, onde vem a falecer em consequência das queimaduras provocadas por um incêndio. A causa provocadora da morte é relativamente independente em relação à conduta anterior: se a vítima não tivesse sido ferida, não seria levada ao hospital. No caso do passageiro do ônibus, se não houvesse ocorrido a colisão com o poste não teriam caído ao chão os fios elétricos e a vítima não teria procurado sair do coletivo. A causa produtora do evento morte somente por via indireta pode ser ligada à conduta do motorista, apresentando aquela independência relativa exigida pelo parágrafo. Nos exemplos do barqueiro e do desabamento, as causas supervenientes são absolutamente independentes porque, mesmo excluídas *in mente* as condutas dos sujeitos,

os resultados teriam ocorrido. Nos casos do hospital e do ônibus, suprimidas a agressão e a colisão, as vítimas não teriam morrido em consequência das queimaduras e da descarga elétrica.

Uma questão mais complexa surge quando se procura conceituar o que seja causa que *por si só* produziu resultado. Que significa a expressão *por si só*?

O melhor critério é o que considera autônoma a causa superveniente quando esta não se encontra “na linha de desdobramento físico” da conduta anterior. A causa superveniente que por si só produz o resultado é a que forma um novo processo causal, que se substitui ao primeiro, não estando em “posição de homogeneidade” com o comportamento do agente. Como diz a Exposição de Motivos do CP de 1940, “somente no caso em que se verifique uma interrupção de causalidade, ou seja, quando sobrevém uma causa que, sem cooperar propriamente com a ação ou omissão, ou representando uma cadeia causal autônoma, produz, por si só, o evento, é que este não poderá ser atribuído ao agente, a quem, em tal caso, apenas será imputado o evento que se tenha verificado por efeito exclusivo da ação ou omissão” (n. 11). Suponha-se que *A* produza ferimentos em *B* que, levado a um hospital, venha a falecer exclusivamente em consequência das lesões provocadas por um desabamento. Há dois cursos causais: um que vai do comportamento do agente até os ferimentos iniciais da vítima, e outro que vai do desabamento (causa superveniente) até a morte de *B*. Neste caso, *A* só responde pela prática dos atos anteriores. Suponha-se agora que *B*, ferido, é levado ao hospital e vem a falecer, atestando-se que o médico, por imperícia, deu causa a uma infecção nas lesões recebidas. Nos termos do sistema penal em vigor, *A* responde pelo evento morte. Qual o motivo de o agente não responder pelo evento morte no primeiro exemplo e responder por ele no segundo? É que no primeiro caso a vítima não faleceu por causa das lesões iniciais, mas em consequência dos ferimentos produzidos pelo desabamento; no segundo, ao contrário, o ofendido faleceu por causa das lesões sofridas. Por outro lado, na segunda hipótese, em face da nossa legislação, a causa superveniente (imperícia do médico) está em posição de homogeneidade com a conduta do sujeito, o que não acontece na primeira. Hoje, acatada a teoria da imputação objetiva, como veremos, é muito discutível a responsabilidade do sujeito *A* no exemplo da imperícia médica.

E se a enfermeira, no exemplo, em lugar de ministrar o medicamento prescrito pelo médico, inadvertidamente aplica um tóxico, vindo a vítima a falecer em consequência de sua ingestão? O autor dos ferimentos responde pelo êxito letal? Não, respondendo unicamente por tentativa de homicídio, se for o caso. Aplica-se o § 1.º do art. 13, uma vez que a substância tóxica,

por si só, produziu o resultado. A conduta da enfermeira não se encontrava na “linha de desdobramento físico” do comportamento do agente²¹.

Pelos vários exemplos nota-se que a expressão “causa que por si só produz o resultado” não é de perfeição técnica, pois, sob o prisma causal, não existem causas por si só capazes de produzir o evento: todo resultado é produto de diversos elementos antecedentes. Se uma causa, por si só, produz o resultado, é sinal de que não depende de qualquer outro elemento, nem relativamente. Por outro lado, se é relativamente independente em relação à conduta do agente, ela não atua por si só. Não resolve a questão a afirmação de Nélson Hungria de que a “expressão ‘por si só’ não quer dizer que a causa superveniente deva ser inteiramente alheia, mesmo do ponto de vista ideológico ou abstrato, à ação, mas, sim, que não esteja na linha de desdobramento físico do resultado da ação, representando uma interrupção ou exclusão da causalidade anterior e fazendo surgir uma causalidade nova, que, por sua exclusiva eficiência, produziu o resultado típico”²². O *por si só* não diz isso tudo.

E se, no caso do barqueiro, ficar ele impedido de manobrar as velas no momento da mudança de vento, precisamente por causa dos ferimentos, derivando daí o naufrágio do barco e conseqüente morte por afogamento? É certo que a vítima não faleceu em conseqüência dos ferimentos, e sim por força da causa superveniente. Todavia, esta não é absolutamente independente em relação à conduta anterior do agente, pois, suprimidas *in mente* as lesões, a vítima poderia manobrar o velame, evitando o naufrágio. Assim, sendo relativamente independente a causa superveniente, não seria de aplicar o disposto no parágrafo? Não, pois o acontecimento posterior está em “posição de homogeneidade” em relação à conduta do agente e na mesma “linha evolutiva do perigo” por ele criado, ou, em outras palavras, na mesma “linha de desdobramento físico” da ação anterior. Então, não se poderá falar em “autonomia” da causa superveniente, pois esta não deu início a um novo curso causal, constituindo o acontecimento posterior prolongamento da conduta anterior²³.

Não é correta a afirmação de que, no caso do art 13, § 1.º, a causa superveniente, relativamente independente, “rompe o nexa causal”. Não há rompimento no nexa causal. Ele existe ou não existe. Note-se que a causa é a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido. No exemplo do incêndio no hospital, excluindo-se a conduta de o sujeito ferir a vítima, ela não iria para o hospital e, em conseqüência, não viria a falecer. Então, a conduta de ferir é causa do resultado. Há nexa de causalidade entre a conduta de ferir e o resultado morte.

21. Cf. Nélson Hungria, ob. cit., p. 68.

22. *Revista Brasileira de Criminologia*, 3:20.

23. Von Liszt, ob. cit., § 29, IV; Battaglini, ob. cit., p. 188; Bettiol, ob. cit., p. 308.

Capítulo XXIV

TEORIA DA TIPICIDADE

1. NOÇÃO INTRODUTÓRIA

O Estado tem a incumbência fundamental de assegurar o equilíbrio, a paz e a segurança da ordem social. Cumpre esse mister através do Direito, que determina princípios obrigatórios aos cidadãos, tornando-se seu titular. Dentre eles, situa-se o *jus puniendi*.

O direito de punir poderia ser arbitrário. Todavia, em relação às condutas humanas, ou o Estado as considera indiferentes sob o ponto de vista jurídico-penal, ou as determina, quando necessárias; ou as tutela, quando benéficas; ou as impede, quando prejudiciais. Daí segue que, ao invés de se manifestar arbitrariamente, *a posteriori*, em relação ao comportamento realizado, o Estado se pronuncia *a priori*, determinando a proibição de prática de condutas nocivas aos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade. E o faz por meio da lei penal, embora também o faça por meio de outras. Entretanto, o direito de punir se manifesta essencialmente no preceito secundário da lei penal incriminadora.

É assim que nossa vida se desenvolve num clima jurídico: as nossas condutas são consideradas pelo Direito como condutas permitidas ou proibidas, dando ou não lugar a consequências jurídicas. Sabemos, porém, que nem sempre os homens cumprem as suas obrigações, obedecendo aos mandamentos determinados pelo ordenamento jurídico. E este seria ineficaz se não tivesse meio idôneo para a obtenção da obediência a seus imperativos. Daí a necessidade da sanção, cuja efetivação é imposta pela lei como efeito do inadimplemento das obrigações jurídicas. Dentre as sanções, a de natureza penal é a mais importante. Não se destina a restabelecer o estado existente antes da inobservância da norma penal. P. ex., a pena imposta ao homicida não revive o assassinado. A pena, como ensina Liebman, em seu sentido amplo, “consiste na imposição de medida punitiva ao transgressor,

que o direito considera como compensação jurídica ao ato que infringiu a ordem por ele estabelecida”¹. Entretanto, a pena, modernamente, em face das ideias sobre a natureza do crime e suas consequências, vem perdendo esse caráter de compensação jurídica e ganhando cunho de medida reeducativa.

Posta a questão nesses pontos, uma indagação se formula: quando cabe a aplicação da pena?

Para que surja a possibilidade jurídica de imposição da sanção penal é necessário que o sujeito culpado tenha praticado um fato típico e antijurídico.

O fato típico se compõe da conduta humana e do evento (que não existe nos crimes de mera conduta) que, ligados pelo nexo da causalidade (que inexistente nos crimes de forma vinculada, formais e de simples atividade), recebem a natureza de “conduta punível” quando adequadas a um modelo legal, pois não há crime sem lei anterior que o defina (CP, art. 1.º).

Assim, são elementos do fato típico:

- a) conduta dolosa ou culposa;
- b) resultado (com exceção dos crimes de mera conduta);
- c) nexo causal entre a conduta e o evento (salvo as exceções mencionadas); e
- d) tipicidade.

Tipicidade, num conceito preliminar, é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora. Em várias passagens, empregaremos a expressão “tipo legal” não no sentido de crime com todos os seus requisitos (fato típico e antijuridicidade), mas sim como o conjunto dos elementos descritivos do delito contidos na norma incriminadora, sobre os quais se faz o juízo valorativo da antijuridicidade e da culpabilidade. O mesmo se diga da expressão “fato típico”, que é o fato que se adapta ao modelo legal nos elementos necessários para que se configure a infração penal².

Suponha duas casas, uma pintada e outra sem pintura. Pense em dois fatos, um típico e outro atípico. O fato típico corresponde à casa pintada; o atípico, à sem pintura. A pintura é a tipicidade, que dá um colorido jurídico-penal ao fato. Os fatos são iguais (as casas também). Todavia, diferem-se

1. *Processo de execução*, Saraiva, 1963, p. 3.

2. Raoul Frosali, *Corso di diritto penale*, 1938, v. 2, p. 25.

pela adesão da tipicidade, que é a qualidade que possui o fato de encontrar correspondência descritiva no modelo legal.

2. O TIPO LEGAL E O FATO CONCRETO

Inúmeros são os fatos da vida social que, por lesar ou colocar em perigo interesses jurídicos relevantes, ensejam a aplicação da sanção penal. Para isso, o legislador descreve as condutas consideradas nocivas à ordem jurídica. Essa definição legal da conduta proibida pela ordem jurídico-penal, sem qualquer elemento valorativo, é a tipicidade. Portanto, o tipo legal é a descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva. Todavia, o tipo legal não se confunde com o fato concreto. Este é praticado pelo sujeito a par de várias circunstâncias, de natureza subjetiva ou objetiva, ocasionais ou preparadas, variáveis segundo as condições determinadoras do comportamento. Assim, o tipo legal não pode descrever todos os elementos e circunstâncias do fato concreto, traduzindo-se numa definição incompleta, pois o legislador não pode prever todos os detalhes da conduta, que variam de um para outro. Em face disso, o tipo legal fundamental deve conter apenas os elementos necessários para individualizar a conduta considerada nociva, postergando a um plano secundário as outras circunstâncias que, ou servem para exacerbar ou diminuir a pena, ou são subsídios de sua dosagem (circunstâncias legais ou judiciais).

3. DENOMINAÇÕES

Tatbestand é a palavra alemã que designa a tipicidade. A seu lado, há outras, como *Deliktis-typus*, *Typizität*, *Tatbestandsmassigkeit*, *allgemeiner Verbrechenstatbestand*. Todas são traduzidas, geralmente, por tipicidade. Traduzindo o vocábulo *Tatbestand*, os italianos falam em “espécie de fato” (*fattispecie*). Antolisei fala em “figura abstrata de um delito”; Petrocelli, em *fatto*. Ricardo Nuñez, na Argentina, emprega o termo “fato”, ao passo que Juan P. Ramos emprega a expressão “caso penal”. Marcelo Finzi traduziu o termo *Tatbestand* para “delito-tipo”. Asúa prefere a expressão “tipicidade”.

Entre nós, a expressão *Tatbestand* foi traduzida para tipo ou tipicidade.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TIPICIDADE: FASES³

O § 133 da Ordenança Criminal Prussiana, de 1825, determinava: “O tipo legal (*corpus delicti*) compreende o conjunto daquelas circunstâncias

3. Estamos seguindo o esquema de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 3, p. 751 e s.

que fazem seguro ou de máxima probabilidade que um delito foi cometido”. O *Tatbestand* é o *corpus delicti* em língua alemã. Apareceu pela primeira vez no antigo § 59 do CP alemão, que tratava da culpa e do erro: “se alguém, ao praticar uma ação punível, desconhecia a existência de circunstâncias do fato, que pertençam ao tipo legal (*gesetzlichen Tatbestand*), ou que agravem a punibilidade, tais circunstâncias não lhe serão imputadas”. A expressão *Tatbestand* é composta de *Tat* (“fato”) e *bestehen* (consistir), significando aquilo em que o delito consiste. O *Tatbestand* era, então, o fato do delito, o seu conteúdo real. Era o conjunto de todos os caracteres do delito, de natureza interna ou externa e essenciais à sua existência. Compreendia até o dolo e a culpa.

Com Beling, o *Tatbestand* passou a ter caráter descritivo e não valorativo, apresentando a natureza externa do delito, sem atinência à antijuridicidade ou à culpabilidade.

Mayer entendia o tipo sem qualquer valoração jurídica, atribuindo-lhe, todavia, a função de indício da antijuridicidade. Seria a *ratio cognoscendi* da ilicitude.

Para Mezger, ao contrário de Mayer, o tipo constituiria a *ratio essendi* da antijuridicidade. Daí falar em ação tipicamente antijurídica. Essa concepção, porém, não permite a separação da tipicidade da antijuridicidade. Todas as condutas típicas seriam ilícitas, pois o tipo é a *ratio essendi* da ilicitude.

Posteriormente, em face das críticas à sua teoria, Beling a reformulou, afirmando que nenhuma delas dera solução ao problema. Disse que o delito é um esquema unitário para cada figura independente. O esquema seria a figura reitora (*Leitbild*). As condições objetivas de alguns crimes (condições objetivas de punibilidade) e as subjetivas de outros (finalidade da conduta) não pertencem à figura reitora. O lado exterior de todo delito corresponde ao seu lado interior, sem o que ele não existe. Distinguiu o delito-tipo (figura reitora, *Leitbild*) do tipo de delito (ou figura delitiva). O primeiro é um conceito puramente funcional, que serve de orientação para uma figura delitiva. P. ex., matar alguém seria o delito-tipo, regente do homicídio e do infanticídio. Estes seriam tipos de delitos que, decompostos em seus elementos, mostrariam o delito-tipo. Em face disso, o delito-tipo seria puro conceito e não fato. Tomando em comparação uma peça de música e um concerto, dizia que a execução de uma composição não só não pode identificar-se com ele, como nem sequer é parte dele: é uma criação conceitual do compositor que vem a integrar o programa para o concerto. A primeira característica do conceito de homicídio não é a morte de um homem, mas a conduta que realiza e produz a morte de um homem. Assim, a característica preliminar de delito-tipo é a adequação do comportamento ao tipo e não o *Tatbestand* legal. Em relação aos demais caracteres do delito, p. ex., o

dolo de matar e o dolo premeditado não são a morte de um homem, mas momentos psíquicos dirigidos à morte. O delito-tipo é puramente descritivo, vazio de conteúdo, sem qualquer referência à culpabilidade⁴.

Seguindo a orientação metódica de Asúa, preferimos dividir o estudo da tipicidade em fases, que são as seguintes:

- 1.^a) independência;
- 2.^a) caráter indiciário da antijuridicidade;
- 3.^a) *ratio essendi* da antijuridicidade;
- 4.^a) novas concepções de Beling.

5. PRIMEIRA FASE: INDEPENDÊNCIA

Antes de Beling, concebia-se o *Tatbestand* como a soma de todos os característicos do delito, abrangendo a materialidade do fato delituoso, a antijuridicidade e a culpabilidade⁵.

Beling, porém, deu função meramente descritiva à tipicidade, afastando de seu conteúdo os caracteres da ilicitude e da culpabilidade. Sua finalidade é definir os delitos. Adequado o fato à norma incriminadora, passa-se a uma segunda fase: saber se o sujeito agiu ou não acobertado pela legítima defesa etc. Após, verifica-se a existência da reprovabilidade da conduta. Além de distinguir a tipicidade da antijuridicidade e da culpabilidade, Beling procurou separar a ação do *Tatbestand*. Aquela é a conduta que se deve amoldar ao tipo legal, de conteúdo abstrato; é um “fantasma sem sangue”. O *Tatbestand* é puro conceito, “sem tempo, nem espaço, nem existência”.

Assim, Beling colocou a tipicidade na dianteira dos elementos do delito. Dizia que “se entende por lei penal tão só um certo princípio jurídico-penal que é um determinado *Tatbestand* (primeira parte da lei penal), para uma ameaça penal. Por *Tatbestand* há de entender-se a descrição daquela violação do direito” que deve ser ameaçada com uma sanção⁶.

O tipo pertence à lei penal, tendo função meramente descritiva. A norma, por sua vez, atribui valor à conduta. Assim, a ação pode ser típica e não ser antijurídica (contrária à norma), por existir causa de justificação.

A tipicidade não se confunde com a culpabilidade, pois “que a determinação da tipicidade de um ato não está nem na determinação do dolo e

4. Há um resumo da concepção de Beling em Asúa, ob. e loc. cit., p. 766 e s.

5. Stubel, em 1805; Ludne, em 1840; Karcher, em 1873.

6. *Grundzuge*, 1. ed., p. 9.

nem da negligência”, já que “o tipo com o qual se relaciona a ação praticada, seja dolosa ou culposamente, deve ter, por necessidade lógica, o mesmo conteúdo”⁷.

Vários autores se manifestaram contrários às ideias de Beling, como Binding, Von Hippel, Goldschmidt, Mayer, Sauer, Mezger, Zimmerl etc. Binding afirmou que o conceito do *Tatbestand* era ao mesmo tempo obscuro e nocivo. Von Hippel entendeu que a teoria da tipicidade não era incorreta, mas desnecessária.

Posteriormente, em face das críticas, como já dissemos, Beling modificou o seu conceito, reconhecendo que a tipicidade há de ser ligada à antijuridicidade (antijuridicidade tipificada), não acatando, porém, a existência de elementos normativos do tipo legal.

6. SEGUNDA FASE: CARÁTER INDICIÁRIO DA ANTIJURIDICIDADE

Max Ernst Mayer, em seu *Tratado de direito penal*, publicado em 1915, recompôs e reelaborou o conceito de tipo legal. Enquanto Beling, em princípio, isolava integralmente a tipicidade da antijuridicidade, dando-lhe função meramente descritiva, Mayer aumentou o seu campo conceitual, atribuindo-lhe função de indício da antijuridicidade, admitindo também elementos normativos do tipo.

No capítulo inicial da obra, considerou a tipicidade como o primeiro pressuposto da pena, dando o segundo lugar à antijuridicidade. Não obstante dizer que ambas devem ser separadas, deu à primeira o papel *indiciário* da segunda, como se fossem fumaça e fogo. Ao tratar das normas de cultura, afirmava: “El más cumplido reconocimiento” (das normas de cultura) “encuentra su expresión permanente en los tipos legales; ellos son, por tanto, los fundamentos de cognición sobre que normas de cultura han encontrado reconocimiento y en que extensión se ha hecho. Con esto volvemos a la teoría sentada al hacer el análisis de los principios jurídico-penales, de que los tipos son indicios de la antijuridicidad”⁸. Assim, sendo a tipicidade a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, basta que o fato se amolde à norma penal incriminadora para que resulte um indício de ilicitude, que pode ser afastado quando presente uma causa de justificação como a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Suponha-se que o sujeito ofenda a integridade física de alguém. Desde logo o fato se ajusta à descrição legal do crime de

7. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 197, apud Asúa, ob. cit., p. 661.

8. Ob. cit., p. 51 e 52, apud Asúa, ob. cit., p. 757.

lesão corporal (art. 129 de nosso Código). A adequação do fato ao tipo faz surgir o indício de que a conduta é antijurídica. Todavia, poderá o sujeito provar que agiu acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude, o que desfaz o indício.

Para demonstrar a diferença entre a tipicidade e a antijuridicidade, Mayer apresenta o caso de um cidadão que, cumprindo pena, foge do estabelecimento penitenciário. Pois bem, diz ele, o sujeito “realiza um acto a todas luces antijurídico; sin embargo, no es un acto típico porque no cae dentro de ninguno de los parágrafos del Código penal. En cambio, si ponemos el caso de unos ingenieros que, con objeto de defender una determinada plaza, cortan un puente por el que podría pasar el enemigo, nos encontramos con que este caso es típico, y, sin embargo, carece de antijuridicidad”⁹.

Dá como prova da relação entre a tipicidade e a antijuridicidade a existência de elementos normativos do tipo, como a qualidade *alheia* da coisa na definição do furto e os elementos subjetivos do injusto.

7. TERCEIRA FASE: “RATIO ESSENDI” DA ANTIJURIDICIDADE

Edmund Mezger, em 1931, não aceitando a natureza meramente descritiva do tipo exposta por Beling, estreitou mais a conexão que Mayer estabeleceu entre a tipicidade e a antijuridicidade. Assim, “la *tipicidad* no constituye, en esta correlación, un elemento independiente (substancial) del hecho punible, sino solamente un agregado adjetival a dichos elementos fundamentales: ‘acción típica’, ‘antijuridicidad típica’, ‘culpabilidad típica’”¹⁰. Compreende, pois, a tipicidade não como *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, mas como sua *ratio essendi*. Não define o delito como ação típica, antijurídica etc., mas como *conduta tipicamente antijurídica* e *culpável*, em face do que em seu estudo a tipicidade não ocupa um lugar próprio, independente da antijuridicidade, mas, pelo contrário, é uma parte dela. Em primeiro lugar, cuida da antijuridicidade como injusto objetivo; após, como injusto típico. A antijuridicidade da conduta é um característico do delito, mas não uma característica do tipo, pois podem existir condutas que não são ilícitas, pelo que é essencial à antijuridicidade a tipificação. A tipicidade e a ilicitude se unem de tal forma que a primeira é a razão de ser da segunda.

A teoria de Mezger foi alvo de muitas críticas, pois não permite uma exata separação entre a tipicidade e a antijuridicidade. Em face dela, todas

9. Apud Asúa, ob. cit., p. 758.

10. *Derecho penal*; parte general, libro de estudio, trad. Conrado A. Finzi da 6. ed. al., Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, p. 80, § 15.

as condutas típicas seriam antijurídicas. O cirurgião, numa intervenção, ensina Antolisei, está cometendo o fato típico da lesão corporal; na figura externa do homicídio pode enquadrar-se o ato do soldado que mata o inimigo, e se encontra o do carrasco que executa o sentenciado. Se, como pretende Mezger, o tipo somente contivesse atos ilícitos, todas essas condutas teriam de ser consideradas injustos tipificados, o que constitui absurdo¹¹.

De observar, sob outro aspecto, que a adoção da teoria da tipicidade, como razão de ser da ilicitude, levaria a estabelecer uma antijuridicidade penal diferente da antijuridicidade geral. Mezger, porém, diz que não se pode admitir em absoluto que exista uma tal antijuridicidade em contraposição com a antijuridicidade geral¹².

8. DIRETRIZ DOMINANTE

É de Mayer a concepção que melhor se adapta à prática penal. A tipicidade não é a *ratio essendi* da antijuridicidade, mas seu indício (*ratio cognoscendi*). Praticado um *fato típico*, presume-se também antijurídico, até prova em contrário: o tipo legal indica a antijuridicidade. Quando o legislador, na Parte Especial do Código, cunha as condutas em tipos, não as supõe neutras em face do injusto, mas acredita que sejam *ilícitas*. Com isso não se quer dizer que o *típico* seja a razão de ser do *injusto*, mas sim que o concretiza e assinala.

Concretiza quando a definição legal do fato é cronologicamente posterior à antijuridicidade. O comportamento é atentatório à ordem jurídica, porém ainda não está descrito como crime. Tornando-se típico pela definição legal, aquele concretiza o injusto. P. ex.: a advocacia administrativa, que primeiramente era uma conduta simplesmente imoral, antes do advento do CP de 1940 não passava de ilícito administrativo ou falta disciplinar (comportamento antijurídico). Definida como crime no novo estatuto (art. 321), a tipicidade concretizou o injusto que, por isso, devia ser punível. O tipo de crime *concretizou* a antijuridicidade da conduta que antes só possuía o caráter de ilicitude (Asúa).

A tipicidade assinala o injusto quando até o momento em que entra em vigor a norma penal incriminadora a conduta não era antijurídica. Ex.: durante uma comoção intestina o legislador define como crime o fato de

11. *Problemi penali odierni*, p. 131.

12. *Derecho penal*; parte general, libro de estudio, v. 1, p. 132.

passar por local estratégico. Antes a conduta não era ilícita; tornou-se antijurídica em consequência da descrição legal (Asúa).

Não se encerra aí a função da tipicidade, uma vez que a antijuridicidade e a culpabilidade a ela se subordinam e com ela devem ligar-se intimamente. Como dizia Soler, a figura delitiva assinala em cada caso os aspectos que devem ter aqueles grandes característicos para que se possa falar de delito. Não basta que o fato seja uma conduta antijurídica e o sujeito culpável; ele deve ser antijurídico e o sujeito culpável no sentido do tipo que está em consideração¹³.

9. TIPICIDADE E ANTIJURIDICIDADE

O crime constitui uma figura unitária em que se revelam um fato típico e a ilicitude. A culpabilidade funciona como elemento de ligação entre o crime e a pena. Assim, por mais diferentes que sejam os seus característicos conceituais, não é tão rígido o limite entre a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. O ilícito e a culpabilidade se subordinam ao tipo, isto é, certas características acidentais daqueles se subordinam à figura típica, sem que se confundam. Por outro lado, não há antijuridicidade penal sem tipicidade. Não há falar-se em ilicitude penal sem que o fato esteja previsto como infração pela lei, pois é esta que cria a norma de proibição.

Em tese, todo fato típico é antijurídico. Só não o é quando provado que o sujeito realizou a conduta acobertado por uma causa de exclusão da antijuridicidade, prevista no art. 23 do Código. Então, o fato é típico, mas não antijurídico. Ao contrário, o fato pode ser antijurídico e não típico. É o que acontece com o preso que foge da prisão sem empregar violência contra pessoa. A conduta é ilícita, pois em face do *jus punitonis* o condenado tem a obrigação de não impedir o cumprimento da *sanctio juris*. Todavia, essa antijuridicidade não interessa ao Direito Penal porque não está concretizada em nenhum tipo.

13. *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 2, p. 165.

Capítulo XXV

TEORIA DO TIPO

1. CONCEITO E IMPORTÂNCIA DO TIPO

Tipo é o conjunto dos elementos descritivos do crime contidos na lei penal. Varia segundo o crime considerado. Assim, tomando, p. ex., o crime do art. 155 do CP, o tipo do furto é o conjunto dos elementos da conduta punível definido pela lei: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”.

O tipo é o ponto de partida de toda construção jurídico-penal objetiva ou subjetiva. Quer se analise o crime sob o aspecto objetivo ou subjetivo, parte-se sempre do conceito da figura típica: a antijuricidade e a culpabilidade precisam ser apreciadas sob o aspecto do tipo. Pode-se dizer que o tipo:

a) cria o mandamento proibitivo (norma implícita da lei penal incriminadora);

b) concretiza a antijuridicidade;

c) assinala o injusto;

d) limita o injusto;

e) limita o *iter criminis*, marcando o início e o término da conduta e assinalando os seus momentos penalmente relevantes;

f) ajusta a culpabilidade ao crime considerado;

g) constitui uma garantia liberal, pois não há crime sem tipicidade (Asúa).

2. DA ADEQUAÇÃO TÍPICA: FORMAS

Não basta que o fato seja antijurídico. Exige-se que se amolde a uma

norma penal incriminadora. Daí a questão da adequação típica, que consiste em a conduta subsumir-se no tipo penal.

Esse problema, como ensinava Soler, nem sempre é coisa simples que resulte de análise ligeira e mecânica da lei, pois os tipos não são valores numéricos, nem puros conceitos lógicos, e, sim, normas que contêm uma essência que forma um complexo sistema de relações entre uma figura e outra. Para conseguir uma adequação correta é sempre necessário indagar a que figura típica deve atender-se entre as muitas que em regra podem ser aplicadas a determinado comportamento¹. Na maior parte das vezes o problema assume feição de uma operação complexa, seja porque a conduta pode ser analisada sob diferentes pontos de vista, seja porque várias leis podem aplicar-se a ela. Em alguns casos, é correta a aplicação de várias leis ao mesmo fato; em outros, não. A solução se condiciona às relações existentes entre os múltiplos tipos, com base nos princípios que resolvem os conflitos aparentes de normas penais.

A adequação típica se apresenta sob duas formas:

- a) *adequação típica de subordinação imediata*;
- b) *adequação típica de subordinação mediata, por extensão ou ampliada*.

Na *adequação típica de subordinação imediata* o fato se enquadra no modelo legal *imediatamente*, sem que para isso seja necessária outra disposição. Ex.: A mata B. O fato se amolda à figura legal do homicídio (CP, art. 121), sem que para a subsunção se exija o concurso de qualquer outra norma.

Na *adequação típica de subordinação mediata* (ampliada ou por extensão) o fato não se enquadra *imediatamente* na norma penal incriminadora considerada, necessitando para isso do concurso de outra disposição. Ocorre que, às vezes, o tipo se aplica a um fato sem que este contenha todos os elementos daquele. A figura típica se estende para abranger comportamentos que “solamente están dirigidos hacia el tipo; pero que no importa su realización perfecta”². É o que acontece na tentativa e no concurso de agentes, pois a conduta do autor do *conatus* e do partícipe não se ajusta de forma *imediata* ao tipo legal, exigindo o emprego de outra disposição para o perfeito enquadramento típico (arts. 14, II, e 29). Assim, na tentativa de homicídio, p. ex., o fato não se amolda de maneira imediata no art. 121, havendo necessidade de empregar-se a norma contida na parte geral que o descreve. Há, então, uma ampliação *temporal* da figura típica, uma vez que

1. *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 2, p. 166.

2. Soler, ob. cit., p. 169.

com o concurso da outra disposição o tipo não abrange somente o momento consumativo do crime (morte da vítima), estendendo-se também ao instante anterior em que a conduta se dirigia à completa realização do modelo legal. Na participação existe ampliação *espacial* e *pessoal* do tipo, pois a figura típica, com o concurso da regra do art. 29, não abrange somente o comportamento que se amolda *imediatamente* em seu núcleo, estendendo-se também às condutas que, de qualquer modo, concorrem para a realização do crime. Como dizia Soler, “la tentativa amplía la acción típica, atrapando acciones *anteriores*; la participación amplía el círculo *del sujeto* imputable, atrapando acciones *laterales*”³.

3. ANÁLISE E ELEMENTOS DO TIPO

a) Introdução ao tema

A lei penal, ao descrever o delito, deve restringir-se a uma definição meramente objetiva, precisa e pormenorizada, no sentido de ficarem bem delineados o direito de punir abstrato e o *jus libertatis* a ele concernente. Se a tipicidade constitui uma garantia liberal, relevante é o papel da descrição das condutas puníveis para que os cidadãos saibam quais as ações que podem praticar sem sujeição a preceitos sancionadores.

O homicídio é o melhor exemplo de descrição típica simples e correta: “Matar alguém”. Nela não se encontra qualquer elemento atinente à antijuridicidade. O tipo só descreve os elementos objetivos, materiais, da conduta. Em outros casos, além de conter elementos objetivos, o tipo possui elementos referentes ao estado psicológico do agente e à antijuridicidade. É o que ocorre com os tipos dos crimes dos arts. 130, § 1.º, e 153 do CP.

De acordo com parte da doutrina, quando a descrição legal só contém elementos objetivos, o tipo se denomina *normal*, pelo que se fala em *tipicidade normal*. Quando a definição, além de elementos objetivos, possui elementos atinentes à antijuridicidade e ao estado anímico do agente, o tipo é *anormal*, falando-se em *tipicidade anormal*.

Adotada a teoria finalista da ação, entretanto, incluindo-se no tipo o dolo e a culpa como elementos psicológico-normativos, cremos que não se pode falar em tipicidade normal e anormal. Incluídos esses elementos no tipo, não se pode falar em tipos de mera descrição objetiva (tipicidade normal).

3. Idem, p. 170.

Os elementos do tipo podem ser:

- a) objetivos — referentes ao aspecto material do fato;
- b) subjetivos — concernentes ao estado anímico ou psicológico do agente;
- c) normativos — referentes em regra à antijuridicidade.

b) Elementos objetivos do tipo

São os que se referem à materialidade da infração penal, no que concerne à forma de execução, tempo, lugar etc. São também chamados descritivos.

A fórmula do tipo é composta de um verbo que expressa a conduta. Trata-se, em geral, de um verbo transitivo com o seu objeto: “matar alguém”, “ofender a integridade corporal de alguém”. O verbo constitui o núcleo do tipo, a sua parte mais significativa, no dizer de Aníbal Bruno. Às vezes a figura faz referência ao sujeito ativo, ao sujeito passivo, ao objeto, ao tempo, ao lugar ou à ocasião e aos meios empregados pelo agente.

O verbo, muitas vezes, não indica uma conduta em si injusta, tornando-se tal em face de outros elementos do tipo. É o que ocorre com o verbo *tirar* do art. 346 do CP, que só adquire colorido antijurídico quando a coisa é própria e se encontra em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção.

Nos arts. 150, § 1.º, e 155, § 1.º, o tipo faz referência ao tempo de execução do crime (“noite” e “repouso noturno”).

Nos arts. 150, § 1.º, e 233, temos referência ao lugar de execução do crime (“lugar ermo”, “lugar público”).

c) Elementos normativos do tipo

A par dos elementos objetivos, o legislador insere na figura típica certos componentes que exigem, para a sua ocorrência, um juízo de valor dentro do próprio campo da tipicidade. Daí denominar Asúa anormais os tipos que os contêm, exatamente porque possuem conteúdo diferente dos tipos comuns e obrigam o juiz a ultrapassar a sua normal função de conhecimento, tendo em vista a sua vinculação à antijuridicidade. Note-se que, de um lado, o legislador insere no tipo termos de natureza meramente descritiva, como *matar*, *subtrair*, *destruir*, de outro, expressões como *sem justa causa*, *indevidamente*, *fraudulentamente*, *função pública*, *documento*, *dignidade*, *decoro*, noções que só são compreensíveis espiritualmente, ao contrário daquelas, que podem ser compreendidas materialmente. Como ensinava Mezger, enquanto os elementos objetivos e subjetivos... dizem respeito às partes integrantes do tipo penal fixadas pelo legislador descritti-

vamente como determinados estados e processos corporais e anímicos, e, em consequência, hão de ser verificados caso por caso pelo juiz, cognitivamente — nos elementos típicos *normativos* cuida-se de pressupostos do injusto típico que podem ser determinados tão só mediante juízo de valor da situação de fato⁴.

Os elementos normativos do tipo podem apresentar-se sob a forma de franca referência ao injusto (“indevidamente”, “sem justa causa”, “sem as formalidades legais”), sob a forma de termos jurídicos (“documento”, “função pública”, “funcionário”) ou extrajurídicos (“dignidade”, “decoro”, “saúde”, “moléstia”).

Schönke observava que na legislação moderna aumentou consideravelmente o número dos elementos normativos do tipo e que se tem considerado desejável o fortalecimento dessa tendência para o futuro. Todavia, como dizia Aníbal Bruno, é preciso considerar que, aumentando-se o número desses elementos normativos, diminui-se a precisão e a firmeza do tipo, alargando-se a função do juiz na apreciação da conformidade típica do fato concreto, com prejuízo da segurança que o regime dos tipos visa a estabelecer⁵.

Tais elementos, no CP brasileiro, apresentam-se nas expressões: “indevidamente” (arts. 151, § 1.º, II; 162; 296, § 1.º, II; 316, § 2.º; e 319); “sem justa causa” (arts. 153, *caput*; 154, *caput*; 244, *caput*; 246 e 248); “sem as formalidades legais” (art. 350, *caput*; art. 4.º, *a*, da Lei n. 4.898, de 9-12-1965); “sem permissão legal” (art. 292); “sem consentimento de quem de direito” (art. 164); “sem licença da autoridade competente” (art. 166); “sem licença da autoridade” (art. 253); “fraudulentamente” (art. 177, *caput*); “sem prévia autorização” (art. 177, § 1.º, III); “em desacordo com disposição legal” (art. 178); “sem autorização” (art. 282, *caput*); “não expressamente permitida” (art. 274); “fora dos casos permitidos em lei” (arts. 323, *caput*; 334, § 1.º, *a*, com a redação do art. 5.º da Lei n. 4.729, de 14-7-1965); “documento” (arts. 297, *caput*, § 2.º; 298 e 299, *caput*); “funcionário público” (arts. 312, *caput*, § 1.º; 331 e 333, *caput*); “funcionário” (arts. 320; 321, *caput*; e 329, *caput*); “dignidade” e “decoro” (art. 140, *caput*); “coisa alheia móvel” (art. 155); “função pública” (art. 328, *caput*); “saúde” (arts. 132; 136, *caput*; 271; 272, *caput*; e 278, *caput*); “moléstia grave” (art. 131); “grave” (art. 121, § 5.º) etc.

A imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo.

4. Ob. cit., 3. ed., 1978, p. 320.

5. Ob. cit., p. 346, nota 8.

Não vingou a *teoria dos elementos negativos do tipo*. Para ela, os pressupostos das causas de exclusão da antijuridicidade seriam elementos negativos do tipo. De modo que o fato seria típico somente no caso de o sujeito não ter agido em legítima defesa etc. Ocorre que a presença de uma discriminante apenas exclui a ilicitude do fato, permanecendo íntegra a tipicidade. Como se vê, essa teoria confunde tipicidade com antijuridicidade.

d) Elementos subjetivos do tipo (elementos subjetivos do injusto)

O tipo não deixa de ser objetivo quando descreve particularidades e modalidades da conduta. Como ensina Mezger, os diversos tipos da Parte Especial do Código têm como ponto de partida uma descrição objetiva de determinados estados e acontecimentos que devem constituir a base da responsabilidade penal do agente. Trata-se, portanto, de estados e processos externos, suscetíveis de serem determinados espacial e temporalmente, perceptíveis pelos sentidos, objetivos, fixados na lei pelo legislador em forma descritiva, e que devem ser apreciados pelo juiz mediante simples atividade de conhecimento (cognição)⁶.

Todavia, muitas vezes a impaciência do legislador leva-o a inserir no tipo elementos referentes ao estado anímico do sujeito: ao fim colimado pelo agente, à sua intenção, ao intuito que o encoraja na execução do fato. É o que acontece com os tipos dos crimes dos arts. 130, § 1.º (“se é intenção do agente”); 131 (“com o fim de”); 134, *caput* (“para ocultar desonra própria”); 155, *caput*; 156, *caput*; e 157, *caput* (“para si ou para outrem”); 158, *caput* (“com o intuito de”); 159, *caput* (“com o fim de”); 161, *caput* (“para apropriar-se”); 161, § 1.º, I (“em proveito próprio ou de outrem”); 161, § 1.º, II (“para o fim de”); 171, *caput* (“para si ou para outrem”); 171, § 2.º, V (“com o intuito de”); 173 e 174 (“em proveito próprio ou alheio”); 174 (“sabendo ou devendo saber”); 180, *caput* (“em proveito próprio ou alheio”, “que sabe ser”); 202 (“com o intuito de”, “com o mesmo fim”); 206 e 207 (“com o fim”); 208, *caput* (“por motivo de”); 231, § 3.º (“com o fim de obter vantagem econômica”); 234, *caput* (“para fim de comércio”); 235, § 1.º (“conhecendo essa circunstância”); 237 (“conhecendo a existência”); 242, parágrafo único (“por motivo de”); 245, § 1.º (“para obter lucro”); 250, § 1.º, I; 261, § 2.º (“com intuito de”); 270, § 1.º (“para o fim de”); 282, parágrafo único (“com o fim de lucro”); 288, *caput* (“para o fim de”); 289, § 2.º (“recebido de boa-fé”, “depois de conhecer a falsidade”); 290, *caput*

6. *Tratado de derecho penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, v. 1, p. 386 e 387.

(“para o fim de”); 293, §§ 2.º e 4.º (“com o fim de”, “recebido de boa-fé”, “depois de conhecer a falsidade”); 296, § 1.º, II (“em proveito próprio ou alheio”); 299, *caput* (“com o fim de”); 301, § 2.º, e 302, parágrafo único (“com o fim de lucro”); 303, parágrafo único (“para fins de”); 305 (“em benefício próprio ou de outrem”); 316, *caput*, § 1.º (“para si ou para outrem”, “que sabe indevido”); 319 e 320 (“para satisfazer”, “por indulgência”); 332, *caput* (“para si ou para outrem”); 333, *caput* (“para”); 339, *caput* (“de que o sabe inocente”); 340 (“que sabe não se ter verificado”); 343, parágrafo único; 344, 345, *caput*; e 347, *caput* (“com o fim de”, “para satisfazer”) e 353 (“a fim de”).

Aparecem os chamados elementos subjetivos do tipo ou do injusto.

Elementos subjetivos do tipo ou elementos subjetivos do injusto? Há diferença entre eles?

Na verdade, as expressões se equivalem. A adoção de uma ou outra depende da doutrina que se adote em relação à teoria do tipo e da antijuridicidade. Para aqueles que, como Mezger, acreditam numa ilicitude tipificada, isto é, afirmam que a antijuridicidade se encontra no tipo, a expressão é *elementos subjetivos do injusto* (elementos subjetivos da antijuridicidade). Significa que a antijuridicidade (o injusto) concretizada no tipo possui um elemento subjetivo que condiciona a sua existência. Para os que adotam o princípio de que a tipicidade constitui mero indício da antijuridicidade, como Mayer, separando a tipicidade da ilicitude, a expressão é *elementos subjetivos do tipo* (nossa posição)⁷. Significa que o tipo possui um elemento subjetivo, referente à situação anímica do sujeito, que condiciona a tipicidade do fato. Como diz Juarez Tavares, “as expressões *elementos subjetivos do tipo* e *elementos subjetivos do injusto* possuem o mesmo significado”. “Hoje são estes elementos estudados dentro do tipo, por razões sistemáticas e porque formam, de qualquer modo, a estrutura do tipo”⁸.

A maior parte da doutrina fala em elementos subjetivos do injusto, como revela o desenvolvimento doutrinário de tais elementos.

Ao longo da evolução dogmática do Direito Penal, revelou-se falsa a regra segundo a qual todo subjetivo pertencia à culpabilidade e todo objetivo à antijuridicidade. Em certos casos, passou-se a entender que, para que a conduta seja contrária ao Direito, é preciso, além dos característicos ex-

7. Ricardo C. Nuñez, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1972, p. 160 e 161.

8. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo, *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Borsoi, 6:30, 1972.

ternos do fato, que existam determinados momentos psíquicos estranhos ao dolo, denominados elementos subjetivos do injusto (da antijuridicidade). Como ensina Aníbal Bruno, a repulsa a uma concepção subjetiva da antijuridicidade não importa em negar a existência do que alguns autores chamam elementos subjetivos do injusto típico, em negar que uma ação possa ser contrária ou conforme ao Direito segundo a atitude subjetiva do agente, segundo o sentido que ele atribua ao seu comportamento⁹.

Carrara aludia a um caso em que se destaca o elemento subjetivo do tipo: “Por exemplo” — dizia — “não se pode afirmar se aquele que a uma donzela lhe diz *cara*, proclamou sua amabilidade, ou se, ao contrário, afirmou que vende seus favores a alto preço. Para decidir a dúvida, é sempre inevitável indagar a intenção do agente. Sem a intenção a palavra é quase sempre letra muda”¹⁰.

O professor castiga o aluno. A conduta é lícita se há intenção de corrigi-lo; ilícita, se tendente a vingar-se do genitor. O *toque* médico em partes pudendas de uma senhora é lícito se com o fim de diagnóstico; ilícito, se praticado com intenção de satisfazer a lascívia. Um indivíduo lesa o próprio corpo ou agrava uma lesão preexistente: há um fato penalmente irrelevante se não praticado “com o intuito de haver indenização ou valor de seguro” (CP, art. 171, § 2.º, V). Conta uma lenda árabe que um cidadão foi queixar-se ao Rei, afirmando que seu companheiro havia empregado contra si a expressão “cão”. Chamado o injuriador, disse que três vezes havia chamado o queixoso de “cão”, não entendendo porque somente na última sentira-se ofendido. Após as explicações, resultou o seguinte: na primeira vez, após um naufrágio, encontraram-se com uma tribo hostil que adorava o cão. Perante os indígenas, disse que seu amigo era um cão, motivo pelo qual foi adorado como reencarnação do deus. Na segunda vez, quando se falava em fidelidade, disse que seu companheiro, em matéria de fidelidade, “era um cão”. Na terceira vez, brigaram, quando novamente foi usada a expressão motivadora da queixa. Nos dois primeiros casos não há falar em injúria. No último, porém, existe crime. Os três casos, objetivamente considerados, são iguais, supondo-se o emprego da expressão da mesma forma.

Esses exemplos levam a crer que existem estados anímicos que discriminam, subjetivamente, o justo do injusto. Daí denominarem-se “elementos subjetivos do injusto”. Separam o típico do atípico (elementos subjetivos do tipo).

9. Antijuridicidade, *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, 1954, p. 204.

10. *Programma*; parte speciale, v. 3, § 1.572.

Fischer, em 1911, dizia que o injusto é objetivo e deve ser separado da culpabilidade. Entretanto, reconhecia que, às vezes, certos elementos subjetivos diversificam o justo do injusto. Auxiliando-se de exemplos tirados do direito privado, explicava que em determinadas hipóteses um mesmo fato é permitido ou proibido pelo Direito, segundo a intenção do autor¹¹.

Em 1914, Augusto Hegler afirmava que a tendência interna transcendente (elemento subjetivo) é o que dá calor antijurídico à conduta. Qualquer subtração de coisa móvel alheia não lesiona os interesses juridicamente protegidos que o Código Penal resguarda com uma pena, senão *tão somente* a subtração dessa coisa com *ânimo de apropriação*.

Mezger, em 1923, dizia que referidos elementos pertenciam exclusivamente à antijuridicidade. Em 1926, porém, corrigiu a sua afirmação, observando que a determinação do injusto pode depender, em certos casos, de momentos subjetivos. Um comportamento que externamente é o mesmo, pode uma vez estar de acordo com o Direito e outra em desacordo com ele, segundo o sentido que o agente o informa. Em seu *Tratado de direito penal* afirma que a delimitação fundamentalmente objetiva do Direito em face do injusto não é obstáculo para que na referida delimitação possam ser determinantes em alguns casos certas características anímicas da pessoa do agente¹².

Posteriormente, Welzel, estudando a questão da teoria finalista da ação, esclarecia: “Ao lado do dolo, como momento geral pessoal-subjetivo daquele, que produz e configura a ação como acontecimento dirigido a um fim, apresentam-se frequentemente no tipo *especiais* momentos subjetivos que dão colorido num determinado sentido ao conteúdo ético-social da ação... Assim, o tomar uma coisa alheia é uma atividade dirigida a um fim por império do dolo; porém, seu sentido ético-social é inteiramente distinto se aquela tem como fim o uso passageiro ou se tem o desígnio de apropriação; só no último caso existe o desvalor ético-social do furto”¹³.

Os elementos subjetivos do tipo não se referem à culpabilidade, incluindo-se no fato típico. Diz Ricardo C. Nuñez, lembrado por José Frederico Marques, que “el elemento subjetivo del tipo es cosa distinta de la culpabilidad del autor. Cuando la ilicitud de la acción se fundamenta en la existen-

11. *Antijuridicidad*, p. 28 e 137.

12. *Tratado de derecho penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, v. 1, p. 346.

13. *Derecho penal*, trad. arg. F. Balestra, p. 83 e s.

cia de un elemento subjetivo del tipo, no se fundamenta al mismo tiempo en la culpabilidad del autor, sino simplemente en un hecho de naturaleza psicológica que es un elemento constitutivo de la acción”¹⁴. Dessa forma, a ausência de tais elementos subjetivos enseja a atipicidade do fato.

14. *Los elementos subjetivos del tipo penal*, p. 19.

Capítulo XXVI

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

1. DECLÍNIO DO PRESTÍGIO DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE MATERIAL (OBJETIVA) COMO ELEMENTO DO FATO TÍPICO

Foi sempre um problema para a teoria da relação de causalidade objetiva (*imputatio facti*) a questão do risco de determinada conduta em face de conhecimentos particulares do autor. Ex.: no Bairro de Zähringen, em Freiburg i. Br., na Alemanha, há um bosque conhecido pelo fato de, por razões minerológicas, sucederem-se muitas descargas elétricas durante as tempestades. Numa pequena fortaleza edificada na parte mais alta, há um cartaz em homenagem a um teutão que, nos idos de 1960, morreu fulminado por um raio numa tormenta. Junto à placa, há uma mensagem: “O acesso à torre corre por conta de seu próprio risco. No caso de aproximar-se uma tempestade, deve-se abandonar o monte”. Suponha-se que um filho, para ficar com a herança do pai, conhecedor do perigo, induza-o a visitar a fortaleza no momento em que se aproxima uma tempestade, vindo uma descarga a matá-lo. Aplicada a doutrina causal da *conditio sine qua non*, responderia pelo resultado por força da teoria da equivalência dos antecedentes: eliminado o induzimento, a vítima não iria à fortaleza e não encontraria a morte (princípio da eliminação hipotética).

Em todos os hipotéticos casos semelhantes ao do bosque alemão, aplicando-se rigorosamente a teoria do nexos causal material (teoria da equivalência das condições), os sujeitos respondem por homicídio doloso, objetivamente imputado o resultado morte. Essa solução, entretanto, não é correta, uma vez que apenas se aproveitaram de riscos existentes na vida social, alguns normalmente tolerados, os chamados “riscos permitidos”, não tendo realmente “criado”, com seus convites, artifícios e maquinacões, perigo para a vida das vítimas. No caso da tempestade, p. ex., a morte do

pai ocorre sob o efeito de forças naturais não controláveis pelo filho, que não tem domínio sobre o fato. Ele não pode ser considerado “autor”. E induzir alguém a visitar um bosque não é ato executório de homicídio. Por isso, a doutrina vinha há muito tempo recomendando a adoção de novas teorias limitadoras do nexo de causalidade objetiva, como a da causa eficiente, da causa próxima, da causa típica, da ausência de dolo, da adequação social etc. Nenhuma, porém, trouxe soluções convincentes. Daí a *teoria da imputação objetiva*, que visa a resolver os problemas que o dogma causal naturalístico e a doutrina finalista não conseguiram solucionar de maneira satisfatória.

2. CONCEITO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico. Trata-se de um dos mais antigos problemas do Direito Penal, qual seja, a determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada “obra” de uma pessoa. Como o Direito Penal é teleológico, tendo em vista que está construído em relação a fins, a teoria da imputação objetiva pretende dar-lhes fundamentos, ligando a finalidade do agente ao resultado, segundo a descrição típica. É uma teoria autônoma, independente da doutrina da causalidade objetiva ou material. Não se encontra no campo dos fatos, mas dos valores que o Direito Penal pretende proteger. O ponto central não é imputar um resultado a um homem segundo o dogma da relação de causalidade material, *i. e.*, se ele, realizando determinada conduta, produziu certo resultado naturalístico. O âmago da questão, pois nos encontramos no plano jurídico e não na área das ciências físicas, reside em estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo, valorativo. Por isso, não põe em destaque o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, e sim o resultado (ou evento) jurídico, que corresponde à afetação jurídica: lesão ou perigo de lesão do bem penalmente tutelado, *i. e.*, o objeto jurídico.

3. RISCO PERMITIDO E RISCO PROIBIDO

Quando o ordenamento jurídico permite e regula a construção de uma ponte ou a fabricação de um automóvel, um avião, um navio, uma arma de fogo etc., o legislador tem consciência de que a utilização desses bens, ainda que de forma normal, carrega riscos a interesses que ele mesmo pretende proteger. Assim, a condução de veículo motorizado, mesmo que de

acordo com as regras regulamentares, traz riscos ao condutor e a todos que se utilizam desse meio de transporte. A não ser assim seria quase impossível a convivência social com o uso das modernas fontes de energia (domínio do fogo e da pólvora, eletricidade, gás, reações nucleares etc.), a extração de minerais, a produção industrial e agrícola, o emprego dos aparelhos que o progresso nos traz, o transporte automobilístico, a manipulação de alimentos e medicamentos etc. O perigo de um dano é inerente a toda atividade humana. Andar nas calçadas, caminhar por uma trilha ecológica, atravessar uma rua, subir escadas, sentar-se numa cadeira, usar um elevador ou apertar socialmente a mão de alguém, p. ex., não se pode dizer que sejam comportamentos isentos de perigos. Num abraço fraterno, por exemplo, pode-se contrair um resfriado ou uma gripe. Na missa católica, pode-se apanhar uma micose no apertar a mão do próximo. E há outras condutas humanas realizadas numa multiplicidade de setores, como corrida de automóveis, touradas, espetáculo com animais e acrobacias de circo, submeter-se a uma cirurgia, a uma anestesia, levar uma criança ao parque de diversões, viajar de avião, de automóvel, de navio ou de trem, praticar esportes, caçar, pescar etc. Trata-se de um *risco permitido* pela ordem jurídica.

É possível que o sujeito, realizando uma conduta acobertada pelo risco permitido, venha a objetivamente dar causa a um resultado naturalístico danoso que integre a descrição de um crime. Ex.: dirigindo normalmente no trânsito, envolve-se num acidente automobilístico com vítima pessoal. Nesse caso, o comportamento deve ser considerado atípico. Falta a imputação objetiva da conduta, ainda que o evento jurídico seja relevante.

Quem dirige um automóvel de acordo com as normas legais oferece a si próprio e a terceiros um risco tolerado, permitido. Se, contudo, desobedecendo às regras, faz manobra irregular, realizando o que a doutrina denomina “infração de dever objetivo de cuidado”, como uma ultrapassagem perigosa, emprego de velocidade incompatível nas proximidades de uma escola, desrespeito a sinal vermelho de cruzamento, “racha”, direção em estado de embriaguez etc., produz um *risco proibido* (desvalor da ação). Esse perigo desaprovado conduz, em linha de princípio, à tipicidade da conduta, seja a hipótese, em tese, de crime doloso ou culposos. Significa que não há um risco proibido para os crimes dolosos e outro para os culposos. O perigo é o mesmo para todas as espécies de infrações penais. Assim, se o autor, no trânsito, realizando uma conduta produtora de um risco desaprovado, causa um acidente com morte de terceiro, há imputação objetiva da conduta e do resultado jurídico.

4. MISSÃO

A teoria da imputação objetiva surgiu como verdadeira alternativa à causalidade. Tem a missão de resolver, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta, segundo os

fins da responsabilidade penal. Pretende substituir, no futuro, a doutrina da causalidade material. No momento, sem prescindir de maneira absoluta da causalidade, é seu complemento, atuando como um critério restritivo do dogma causal material. Não é ainda uma teoria definitiva, continuando a ser alterada e discutida. Ela completa a teoria do nexo de causalidade objetiva, fornecendo solução adequada às hipóteses em que as doutrinas naturalistas não apresentam resposta satisfatória. É amplamente dominante na doutrina, especialmente na Alemanha e na Espanha.

5. IMPUTAÇÃO OBJETIVA, RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E IMPUTABILIDADE: DISTINÇÕES

A expressão “imputação objetiva” não quer dizer proibição de “responsabilidade penal objetiva”, no sentido de que o sujeito, por crime doloso ou culposos, não responde pelo fato a não ser que tenha agido com dolo ou culpa. Não se relaciona com presunção de dolo e culpa e sim com o nexo normativo entre a conduta e o resultado jurídico (lesão ou perigo de lesão jurídica).

Distingue-se também da “imputabilidade penal” (art. 26 do CP), em que é questionado se o sujeito, no momento da conduta, tinha capacidade intelecto-volitiva (de entender e de querer). Aqui se trata de atribuir juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido ou de haver provocado um resultado jurídico.

6. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A imputação objetiva é uma teoria somente aplicável à relação entre a conduta e o resultado nos delitos materiais ou se estende a todas as espécies de crimes?

Há duas teorias:

1.^a) *Restritiva*: a imputação objetiva sistematiza princípios em razão dos quais se pode considerar que um resultado é objetivamente imputável a uma conduta, referindo-se a crimes materiais (de conduta e resultado).

2.^a) *Extensiva* (ou *ampliativa*): os princípios da imputação objetiva são aplicáveis a todos os tipos de crimes, sejam materiais ou não.

A doutrina tende a preferir a segunda teoria (nossa orientação).

7. IMPUTAÇÃO OBJETIVA DA CONDUTA E DO RESULTADO

Trata-se de imputação objetiva da conduta (ação ou omissão) ou do resultado? Quando falamos em “imputação objetiva”, estamos fazendo re-

ferência à “imputação objetiva da *conduta*” ou à “imputação objetiva do *resultado*”? Pretende-se atribuir (imputar) a alguém a realização de um comportamento ou a produção de um resultado?

Há três orientações:

1.^a) Cuida-se de imputação objetiva da *conduta* causadora do risco proibido, em que se incluem os conceitos e critérios do risco tolerado, da criação do risco proibido, o princípio de confiança e a proibição de regresso.

2.^a) Imputação objetiva significa atribuição de um *resultado* a quem realizou uma ação.

3.^a) O instituto procura resolver temas referentes à *conduta* e ao *resultado*.

A maior parte da doutrina emprega a expressão nos dois sentidos, *i. e.*, imputação objetiva da *conduta* e do *resultado*, adotando a terceira corrente. Essa posição apresenta-se coerente com o entendimento de que o juízo de imputação objetiva não é somente aplicável a delitos de resultado. É a orientação que preferimos.

Assim, diante da adoção da terceira posição, há:

1.^o) imputação objetiva da conduta, concernente à criação de um risco proibido tipicamente relevante;

2.^o) imputação objetiva do resultado jurídico (imputação objetiva em sentido estrito), referente à “realização” do perigo típico, *i. e.*, transformação do risco em resultado jurídico.

Acatada a tese de que a ausência de imputação objetiva afasta a tipicidade, podemos falar em:

1.^o) *atipicidade da conduta* (em face da ausência da imputação objetiva); e

2.^o) *atipicidade do resultado* (diante da inexistência da imputação objetiva).

Até o momento, a teoria da imputação objetiva tem sido mais aplicada aos delitos de ação e de resultado (crimes materiais). No futuro, entretanto, deverá estender-se a todos os tipos de infrações penais.

8. NATUREZA JURÍDICA E POSIÇÃO SISTEMÁTICA

A imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo, seja o crime doloso ou culposos.

Os elementos normativos do tipo, como já vimos, concernem a dados que requerem uma valoração judicial, não se satisfazendo com o simples processo de conhecimento. Relacionam-se com a ilicitude (“sem justa causa”, “contra expressa disposição de lei”, “indevidamente” etc.), contêm-se em expressões jurídicas (“funcionário público”, “documento” etc.) ou se

manifestam em conceitos culturais (“decoro”, “dignidade” etc.). A imputação objetiva distingue-se da maioria dos outros elementos normativos do tipo, que são expressos. Ela se encontra implícita nas figuras típicas, assim como o dolo, que configura elemento subjetivo implícito do tipo. Cuida-se de uma exigência típica. De maneira que, ausente a imputação objetiva da conduta ou do resultado, a consequência é a atipicidade do fato. Assim, os tipos penais incriminadores passam a conter um elemento normativo, qual seja, a imputação objetiva: sem ela a conduta ou o resultado são atípicos. Em face disso, nos delitos materiais não são suficientes para compor o fato típico, como entende a doutrina tradicional, a conduta dolosa ou culposa, o resultado, o nexo causal e a tipicidade. Requer-se, como condição complementar, que o autor tenha realizado uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido a um objeto jurídico e, assim, produzido um resultado (também jurídico) que corresponda à sua realização, concretização ou materialização. Nos delitos sem resultado (formais e de mera conduta), a existência do fato típico fica condicionada à imputação objetiva da conduta criadora de risco juridicamente reprovado e relevante a interesses jurídicos. Daí a importância da conceituação de risco permitido e proibido. O primeiro conduz à atipicidade; o segundo, quando relevante, à tipicidade.

A imputação objetiva da conduta e do resultado jurídico deve ser apreciada depois do nexo de causalidade material (doutrina alemã dominante). Assim, o fato típico, nos delitos materiais, passa a conter: 1) conduta voluntária ou culposa; 2) resultado material; 3) nexo de causalidade objetiva; e 4) imputação objetiva. A tipicidade configura uma qualidade do fato material e não propriamente um elemento do fato típico.

9. EFEITO DA AUSÊNCIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Para nós, a ausência da imputação objetiva conduz à atipicidade do fato. Não se trata de causa de justificação (excludente da antijuridicidade). Uma conduta que, p. ex., conduz alguém a submeter-se a um risco normal na vida em sociedade, o chamado “risco tolerado”, não gera adequação típica, *i. e.*, não constitui nenhum tipo incriminador. Assim, não há tipicidade no fato de induzir alguém a se colocar em tal situação que venha a correr um risco natural na vida social, tolerado e permitido pela ordem jurídica. A criação de risco permitido é atípica, ainda que produza resultado jurídico. De modo que não existe delito por ausência de fato típico.

10. REQUISITOS DE APLICAÇÃO

Verificada a causalidade material, a imputação objetiva exige verificar se:

1.º) a conduta criou ao bem (jurídico) um risco juridicamente desaprovado e relevante;

2.º) o perigo realizou-se no resultado jurídico;

3.º) o alcance (âmbito) do tipo incriminador abrange o gênero de resultado jurídico produzido.

11. PRINCÍPIOS

1.º) A imputação objetiva fica excluída em face de ausência de risco juridicamente reprovável e relevante. Exs.: do bosque de Zähringen; da mãe que, tomando conhecimento do assassinato do filho, sofre um colapso cardíaco e morre; do sobrinho que, desejando ficar com a herança do tio, instiga-o a realizar viagens aéreas sucessivas em trajeto onde houve vários acidentes, vindo um deles a lhe causar a morte. Nesses casos, o sujeito não tem o domínio do fato, não podendo ser considerado “autor”. No exemplo do tio, a conduta do sobrinho (induzimento à viagem) não causou um perigo tipicamente relevante à sua vida, que foi perdida no plano do tráfego aéreo, em que há risco juridicamente permitido, ocorrendo o resultado no desenvolvimento normal da vida cotidiana. Na hipótese da notícia de assassinato, a segunda morte não pode ser atribuída ao homicida (questão denominada “culpa mediata ou indireta”). Com base nessa mesma regra são solucionados os problemas dos chamados “desvios do decurso causal”. Ex.: uma pessoa, atropelada culposamente no trânsito, tendo sofrido somente lesões corporais, é vítima de novo acidente quando transportada ao hospital, vindo a falecer. A morte não pode ser atribuída ao motorista atropelante, uma vez que, ao causar o transporte da vítima ao hospital, não produziu nenhum risco juridicamente reprovável e relevante. O fato de alguém ser transportado em veículo motorizado causa um risco normal. Imagine-se, em outro exemplo, que um sujeito, agindo com intenção de matar, precipite a vítima, que não sabe nadar, do alto da ponte de um rio, na esperança de que morra afogada, dando-se a morte no choque com uma pilastra. Nessa hipótese, há imputação objetiva, respondendo o agente pela morte. Ocorre que o arremesso da vítima do alto da ponte cria para a sua vida um risco relevante e juridicamente reprovável.

2.º) Não há imputação objetiva do resultado quando o sujeito atua com o fim de diminuir o risco de maior dano ao bem jurídico: ele causa um dano menor ao objeto jurídico para evitar-lhe um maior. Não cria nem aumenta o perigo juridicamente reprovável à objetividade protegida. Ao contrário, age para diminuir a intensidade do risco de dano. Ex.: A atira uma pedra na direção da cabeça de B, com intenção de matá-lo. O arremesso, pela forma de execução, é mortal. C desvia a pedra com as mãos, vindo esta a atingir

D, causando-lhe lesões corporais. Estas não podem ser objetivamente imputadas a *C*: a norma não proíbe condutas que reduzem o risco de dano a um bem jurídico. No caso, a conduta de *C* diminuiu o risco à vida de *B*.

3.º) Há imputação objetiva quando a conduta do sujeito aumenta o risco já existente ou ultrapassa os limites do risco juridicamente tolerado. Ex.: havia, na Alemanha, um industrial fabricante de pincéis de pelo de cabra, que exigia tratamento com desinfetante, sob pena de contração de doença e morte dos empregados. Um dia, morreram quatro funcionárias, tendo em vista que o dono da fábrica não lhes tinha providenciado o desinfetante. Posta a história em termos criminais, a defesa alegaria que, mesmo com o emprego do desinfetante, ainda haveria risco de morte ou doença, uma vez que o pelo de cabra era altamente perigoso, assim como, na construção de arranha-céus, o uso de dispositivos de segurança não impede que, às vezes, deles despenquem operários. Esses meios, como é sabido, reduzem o risco de dano, mas não o excluem. De ver, entretanto, contrariando a defesa, que a ausência do tratamento com o desinfetante aumentou o risco de dano às operárias. Já havia risco diante da periculosidade do material, aumentada sua intensidade pela conduta omissiva do industrial.

4.º) Não há imputação objetiva quando o resultado se encontra fora do âmbito de proteção da norma violada pelo sujeito. A imputação objetiva exige um relacionamento direto entre o dever infringido pelo autor e o resultado produzido. Ex.: um salva-vidas cochila na hora de trabalho, deixando de socorrer uma pessoa que está se afogando. Um terceiro lança-se nas águas para salvá-la e vem a morrer afogado. O salva-vidas negligente é responsável pela morte do terceiro? Não, uma vez que o âmbito de tutela da norma, que impunha ao salva-vidas o dever de atenção, não abrange a produção de resultados indiretos.

Capítulo XXVII

DO TIPO DO CRIME DOLOSO

1. INTRODUÇÃO

O dolo, de acordo com a teoria finalista da ação, que passamos a adotar, é elemento subjetivo do tipo. Integra a conduta, pelo que a ação e a omissão não constituem simples formas naturalísticas de comportamento, mas *ações* ou *omissões* dolosas¹.

2. CONCEITO E NATUREZA DO DOLO

Dolo é a vontade de concretizar as características objetivas do tipo².
Constitui elemento subjetivo do tipo (implícito).

3. TEORIAS DO DOLO

Há três teorias a respeito do dolo:

a) Teoria da vontade

A teoria da vontade foi exposta de forma orgânica na obra de Carrara: “Dolo é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um fato que se conhece contrário à lei”³. Para os partidários dessa teoria, o dolo exige os seguintes requisitos:

1. Como vimos, a doutrina tradicional coloca o dolo como espécie ou elemento da culpabilidade. Para nós, o dolo integra a conduta.

2. Welzel, *La teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, Depalma, 1951, p. 27, n. IV.

3. *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1885, t. 1, p. 293, apud Fontán Balestra, *El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, Depalma, 1957, p. 102.

- a) quem realiza o fato deve conhecer os atos e sua significação;
- b) o autor deve estar disposto a produzir o resultado.

Assim, para a teoria da vontade, é preciso que o agente tenha a representação do fato (consciência do fato) e a vontade de causar o resultado.

b) Teoria da representação

Para a teoria da representação, dolo é a previsão do resultado. É suficiente que o resultado seja previsto pelo sujeito.

c) Teoria do assentimento

Requer a previsão ou representação do resultado como certo, provável ou possível, não exigindo que o sujeito queira produzi-lo. É suficiente seu assentimento.

É aceita a *teoria da vontade*. Dolo não é simples representação do resultado, o que constitui um simples acontecimento psicológico. Exige representação e vontade, sendo que esta pressupõe aquela, pois o querer não se movimenta sem a representação do que se deseja. O CP brasileiro adotou a teoria da vontade, pois o art. 18, I, determina: “Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Assim, não basta a representação do resultado; exige vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado (ou assumir o risco de produzi-lo).

4. DOLO NATURAL

Para a doutrina tradicional, o dolo é normativo, *i. e.*, contém a consciência da antijuridicidade. Para nós, entretanto, que adotamos a teoria finalista da ação, o dolo é natural: corresponde à simples vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo, não portando a consciência da ilicitude.

Assim, o dolo pode ser considerado:

- a) normativo (teoria clássica);
- b) natural (teoria finalista da ação).

O dolo, na verdade, não contém a consciência da antijuridicidade, tese perfeitamente adaptável ao nosso CP. Pelo que dispõe o art. 21, se o sujeito atua sem a consciência da ilicitude do fato, fica excluída ou atenuada a culpabilidade, se inevitável ou evitável o erro. Pelo que se entende: o dolo subsiste.

5. ELEMENTOS DO DOLO

Presentes os requisitos da consciência e da vontade, o dolo possui os seguintes elementos:

- a) consciência da conduta e do resultado;
- b) consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado;
- c) vontade de realizar a conduta e produzir o resultado.

É necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está realizando e do resultado típico. Em segundo lugar, é preciso que sua mente perceba que da conduta pode derivar o resultado, que há ligação de causa e efeito entre eles. Por último, o dolo requer vontade de concretizar o comportamento e causar o resultado. Isso nos crimes materiais e formais. Nos de mera conduta é suficiente que o sujeito tenha a representação e a vontade de realizá-la.

Em face desses requisitos ou elementos, vê-se que o dolo possui dois momentos:

a) *momento intelectual* — consciência da conduta e do resultado e consciência da relação causal objetiva;

b) *momento volitivo* — vontade que impulsiona a conduta positiva ou negativa.

Podemos estabelecer o seguinte quadro:

Elementos do dolo	{	1 — consciência da conduta e do resultado	{	momento intelectual
		2 — consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado		
		3 — vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado	{	momento volitivo

O dolo, de acordo com a teoria que adotamos, não comporta a consciência da antijuridicidade, que pertence à culpabilidade.

Segundo Welzel, o dolo abrange:

- 1) o objetivo que o sujeito deseja alcançar;
- 2) os meios que emprega para isso; e
- 3) as consequências secundárias que estão necessariamente vinculadas com o emprego dos meios⁴.

4. Ob. cit., p. 21.

O dolo deve abranger os elementos da figura típica. Assim, para que se possa dizer que o sujeito agiu dolosamente, é necessário que seu elemento subjetivo tenha-se estendido às elementares e às circunstâncias do delito. Toda figura típica contém uma série de elementos que, relacionados com a conduta culpável do agente, ensejam a aplicação da pena. Assim, no caso do crime de furto (art. 155), é imprescindível que o sujeito saiba que a coisa móvel é “alheia”. Se não conhece a qualidade da coisa ou tem uma falsa apreciação sobre ela, fica afastado o dolo e, por consequência, o próprio fato típico.

6. ESPÉCIES DE DOLO

Embora o dolo conceitualmente seja o mesmo em todos os crimes, varia a sua forma de expressão de acordo com os elementos da figura típica. Assim, o dolo do homicídio não é igual ao do furto, uma vez que as elementares dos tipos são diferentes e se exige que esse elemento subjetivo abranja todos os componentes da figura típica. Em face disso, e por força do disposto no art. 18, I, do CP, que trata da forma dolosa, a doutrina costuma apresentar várias espécies de dolo, que veremos a seguir.

a) Dolo direto e indireto — teoria do dolo eventual

O art. 18, I, do CP, afirma:

“Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Com fundamento nessa conceituação, a doutrina distingue duas formas de dolo:

- a) dolo direto ou determinado; e
- b) dolo indireto ou indeterminado.

No dolo direto, o sujeito visa a certo e determinado resultado. Ex.: o agente desfere golpes de faca na vítima com intenção de matá-la. O dolo se projeta de forma direta no resultado morte.

Há dolo indireto quando a vontade do sujeito não se dirige a certo e determinado resultado. Possui duas formas:

- a) dolo alternativo; e
- b) dolo eventual.

Há dolo alternativo quando a vontade do sujeito se dirige a um ou outro resultado. Ex.: o agente desfere golpes de faca na vítima com intenção alternativa: ferir ou matar.

Ocorre o dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resul-

tado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza. Ex.: o agente pretende atirar na vítima, que se encontra conversando com outra pessoa. Percebe que, atirando na vítima, pode também atingir a outra pessoa. Não obstante essa possibilidade, prevendo que pode matar o terceiro é-lhe indiferente que este último resultado se produza. Ele tolera a morte do terceiro. Para ele, tanto faz que o terceiro seja atingido ou não, embora não queira o evento. Atirando na vítima e matando também o terceiro, responde por dois crimes de homicídio: o primeiro, a título de dolo direto; o segundo, a título de dolo eventual.

Existem várias teorias sobre o dolo eventual: *Teoria da representação*: para a existência do dolo eventual basta a representação do resultado. *Teoria do sentimento*: há dolo eventual quando o sujeito tem sentimento de indiferença para com o bem jurídico. *Teoria da probabilidade ou da verossimilhança*: não é suficiente a previsão da possibilidade da ocorrência do evento. É preciso que seja provável, admita-o ou não o autor da conduta. *Teoria do consentimento, também denominada da vontade, da aprovação ou aceitação*: para ela, formulada pela doutrina alemã, não basta a representação do evento e a consideração da possibilidade de sua causação, sendo necessário que o sujeito consinta em sua produção. Para essa doutrina, são exigidos dois requisitos: 1.º) *intelectivo*: que o sujeito preveja a possibilidade de produção do resultado em face dos meios utilizados e do fim almejado, não se exigindo consciência da probabilidade; 2.º) *volitivo*: que consinta em sua concretização, reconhecendo e conformando-se com essa possibilidade. Desdobra-se em duas teorias: 1.ª) *teoria hipotética do consentimento*: atualmente, quase abandonada, funda-se na previsão da possibilidade do evento, de acordo com a fórmula 1 de Frank (“a previsão do resultado como possível somente constitui dolo quando, antevisto o evento como certo pelo sujeito, não o deteve”). A previsão da possibilidade do resultado deixa de atuar como freio inibitório da conduta; 2.ª) *teoria positiva do consentimento*: com base na fórmula 2 de Frank, entende que no dolo eventual o sujeito não leva em conta a possibilidade do evento previsto, agindo e assumindo o risco de sua produção (“seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, agirei”). Hoje, a teoria do consentimento é prevalente na doutrina e nas legislações estrangeiras. Nosso Código Penal adotou a teoria positiva do consentimento.

Não se exige consentimento explícito, formal, sacramental, concreto e atual. Se o sujeito mentaliza o evento e pensa “para mim é indiferente que ocorra, tanto faz, dane-se a vítima, pouco me importa que morra”, não é necessário socorrer-se da forma eventual. Se essa atitude subjetiva passa

pela mente do sujeito durante a realização da conduta, trata-se de dolo direto, uma vez que a previsão e o acrescido consentimento concreto, claro e atual, não se tratando de simples indiferença ao bem jurídico, equivalem ao querer direto. O consentimento que o tipo requer não é o manifestado formalmente, o imaginado explicitamente, o “meditado”, “pensado cuidadosamente”. Não se exige fórmula psíquica ostensiva, como se o sujeito pensasse “consinto”, “conformo-me com a produção do resultado”. Nenhuma justiça conseguiria condenar alguém por dolo eventual se exigisse confissão cabal de que o sujeito psíquica e claramente consentiu na produção do evento; que, em determinado momento anterior à ação, deteve-se para meditar cuidadosamente sobre suas opções de comportamento, aderindo ao resultado. Jamais foi visto no banco dos réus alguém que confessasse ao juiz: “no momento da conduta eu pensei que a vítima poderia morrer, mas, mesmo assim, continuei a agir”. A consciência profana da ilicitude, na teoria finalista da ação, não faz parte do dolo, que é natural.

O juiz, na investigação do dolo eventual, deve apreciar as circunstâncias do fato concreto e não buscá-lo na mente do autor, uma vez que, como ficou consignado, nenhum réu vai confessar a previsão do resultado, a consciência da possibilidade ou probabilidade de sua causação e a consciência do consentimento. Daí valer-se dos chamados “indicadores objetivos”, dentre os quais incluem-se quatro de capital importância: 1.º risco de perigo para o bem jurídico implícito na conduta (ex.: a vida); 2.º poder de evitação de eventual resultado pela abstenção da ação; 3.º meios de execução empregados; e 4.º desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o bem jurídico. Consciente do risco resultante da conduta, apresenta-se ao autor a opção de comportamento diverso. Prefere, porém, sem respeito à objetividade jurídica a ser exposta a perigo de dano, realizar a ação pretendida.

O dolo direto é equiparado ao dolo eventual, equiparação advinda de longo debate doutrinário. No CP, o dolo direto está contido na expressão “quis o resultado” (art. 18, I, 1.ª parte); o dolo eventual se encontra na expressão “assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I, 2.ª parte). O dolo alternativo também se encontra na expressão “quis o resultado”: se ele quis um ou outro resultado, e produziu um deles, não deixou de querê-lo.

Vimos que o dolo deve abranger todos os elementos da figura típica. Em face disso, é insuficiente o conceito de dolo direto e eventual contido no art. 18, I, do CP, pois não basta que o sujeito tenha querido o resultado ou assumido o risco de produzi-lo, sendo necessário ainda que a sua vontade se estenda aos elementos integrantes da figura penal. Essa falha pode ser verificada pela interpretação sistemática do próprio Código. As circunstâncias agravantes objetivas, as causas objetivas de aumento de pena previstas na Parte Especial do CP (quando não constituem resultado) e as qualificadoras propriamente ditas (quando não constituem resultado

naturalístico) não podem ser consideradas no fato do agente quando não integram o dolo. Assim, é insuficiente dizer o art. 18, I, que há dolo quando o sujeito quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. O dolo é muito mais que isso. E nos crimes de mera conduta, sem resultado naturalístico, como a violação do domicílio? O conceito de dolo direto e eventual atende à estrutura subjetiva desses crimes?

b) Dolo de dano e de perigo

Remonta a classificação dos delitos em:

- a) crimes de dano; e
- b) crimes de perigo.

No dolo de dano o sujeito quer o dano ou assume o risco de produzi-lo (dolo direto ou eventual). Ex.: crime de homicídio doloso, em que o sujeito quer a morte (dano) ou assume o risco de produzi-la.

No dolo de perigo o agente não quer o dano nem assume o risco de produzi-lo, desejando ou assumindo o risco de produzir um *resultado de perigo* (o perigo constitui resultado). Ele quer ou assume o risco de expor o bem jurídico a perigo de dano (dolo de perigo direto e dolo eventual de perigo). Pode acontecer que, já estando presente o perigo ao bem jurídico, o agente consente em sua continuidade. Neste caso, há também dolo de perigo.

Enquanto no dolo de dano o elemento subjetivo se refere ao dano, no dolo de perigo se dirige ao perigo.

Ex. de dolo de perigo:

O art. 130 do CP define o crime de “perigo de contágio venéreo”, com a seguinte proposição: “Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”. Neste crime, levando-se em conta a expressão “de que sabe”, o sujeito deve agir com dolo de perigo, isto é, ele quer ou assume o risco de produzir o *perigo de dano* (dano é o contágio). Ele não quer o contágio, pois, se assim fosse, haveria dolo de dano, hipótese prevista no § 1.º (“se é intenção do agente transmitir a moléstia”). Apenas deseja ou assume o risco de submeter a vítima ao perigo de ser contaminada.

c) Dolo genérico e específico: crítica

A questão do chamado dolo específico já foi analisada no ponto dos elementos subjetivos do tipo.

Dolo genérico, de acordo com parte da doutrina, é a vontade de realizar fato descrito na norma penal incriminadora; dolo específico é a vontade de praticar o fato e produzir um fim especial (específico). Assim, no homi-

cídio, é suficiente o dolo genérico, uma vez que o tipo do art. 121, *caput*, não menciona nenhuma finalidade especial do sujeito; ele quer somente matar a vítima, não matá-la para alguma coisa. Já no crime do art. 133, a conduta de expor ou abandonar recém-nascido é realizada “para ocultar desonra própria” (fim especial — dolo específico).

A distinção que os autores fazem a respeito deve ser apreciada em face do “fato material” (conduta, resultado e nexo da causalidade). Quando a intenção do sujeito se esgota na produção do fato material, fala-se em dolo genérico. Ex.: o crime de aborto é composto da conduta de provocar e da interrupção da gravidez com a morte do feto (resultado naturalístico), ligados pelo nexo de causalidade objetiva. O dolo é genérico, uma vez que a vontade do agente não vai além do fato material. O crime de sequestro qualificado pelo fim libidinoso é composto do fato material, que é o seguinte: “privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado”. Aí se encontram a conduta e o resultado. O agente, porém, pretende outro resultado: “fins libidinosos”. Então, de acordo com a doutrina, o crime exige dolo específico, que pressupõe o genérico (a existência do dolo específico não exclui a exigência do genérico). Então, no dolo específico, o agente quer um resultado que se encontra fora do fato material. Ex.: arts. 131 (“com o fim de transmitir”), 161, *caput* (“para apropriar-se”), 234, *caput* (“para fim de comércio”), 307 (“para obter vantagem”), 344 (“com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio”) etc.

Entendemos, seguindo a orientação de Asúa, que não existem dolo específico e dolo genérico. O dolo é um só, variando de acordo com a figura típica. Nos termos da orientação, o chamado dolo com intenção ulterior (dolo específico), que em si expressa um fim, assim como o *animus* que certos delitos exigem, não são propriamente dolos com intenção ulterior, e sim elementos subjetivos do tipo⁵. Vimos que o dolo exige os seguintes elementos: *a*) consciência da conduta e do resultado; *b*) consciência da relação de causalidade; *c*) vontade de realizar o comportamento e de produzir o resultado. Assim, na própria noção do dolo já existe a vontade de produzir o resultado. Se na própria noção de dolo já existe a exigência de o agente ter vontade de produzir o resultado, tanto faz que este se encontre no fato material ou fora dele. A vontade é a mesma; o dolo é o mesmo.

O impropriamente chamado dolo específico é um elemento subjetivo do tipo, como vimos.

d) Dolo normativo e dolo natural

Dolo normativo é o que porta a consciência da antijuridicidade (doutrina clássica).

5. Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, 5. ed., Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1967, p. 366; *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 5, p. 242 e 243.

Dolo natural é a simples vontade de fazer alguma coisa, não contendo a consciência da ilicitude.

Para nós, o dolo é sempre natural.

e) Dolo geral (erro sucessivo)

Não se confunde com o chamado dolo genérico.

Ocorre quando o agente, com a intenção de praticar determinado fato, realiza uma conduta capaz de produzir o efeito desejado, e, logo depois, na crença de que o evento já se produziu, empreende nova ação com finalidade diversa, ocorrendo que o segundo comportamento é que causa o resultado (o denominado “erro sucessivo”). Há um fato dividido em duas fases:

1.^a) realização de uma conduta tendente à produção de determinado resultado;

2.^a) crendo que o evento desejado em face do primeiro comportamento já ocorreu, o agente passa a realizar uma segunda conduta com finalidade diferente, verificando-se que o resultado querido na primeira fase só acontece por causa da ação concretizada na segunda. Exs.: o sujeito apunhala a vítima e, acreditando que já se encontra morta, pretendendo cometer ocultação de cadáver, joga-a nas águas de um rio, vindo ela a falecer em consequência de asfixia por afogamento; o agente, após disparar tiros de revólver na vítima e acreditando que já esteja morta, pendura-a numa árvore pelo pescoço para simular suicídio por enforcamento, ocorrendo a morte por asfixia.

Há três orientações:

1.^a) O sujeito responde por homicídio doloso consumado. Para essa corrente, não é necessário que o dolo persista durante todo o fato, sendo suficiente que a conduta desencadeante do processo causal seja dolosa. O dolo é “geral”, abrangendo todo o acontecimento. É a orientação da quase unanimidade dos autores brasileiros, que adotávamos antes de acatar a teoria da imputação objetiva.

2.^a) Há dois crimes em concurso material: tentativa de homicídio na primeira fase e homicídio culposo, na segunda.

A adotar-se a tese de que existe homicídio culposo na segunda fase, de se questionar: e se a vítima vem a ser salva da morte por um terceiro, haveria tentativa de homicídio culposo? Ora, se a vítima morre há homicídio culposo; se não morre por circunstâncias estranhas ao agente, deveria este responder por tentativa de homicídio culposo. Estaríamos, então, diante de uma “tentativa de homicídio doloso” em relação à primeira fase e uma “tentativa de homicídio culposo” na segunda etapa. Solução, no mínimo, muito extravagante.

3.^a) Existe somente uma tentativa de homicídio (*nossa atual posição*). Ocorre um desvio essencial do rumo causal, excludente da imputação objetiva do resultado.

Pretende-se, por aplicação da teoria finalista da ação, responsabilizar os autores com fundamento num suposto “dolo geral”, em que o elemento subjetivo do tipo abrangeria o evento independentemente da real causa objetiva desencadeada por eles (argumento do “quis matar e matou”). De observar, porém, que a admissão de um dolo de tal amplitude significa punir agentes em casos totalmente inaceitáveis.

Não estaríamos, nos exemplos, no campo do dolo e diante de um erro de tipo (art. 20, *caput*, do CP)? O sujeito, ao supor que a vítima já estava morta, não incidiu em erro sobre a elementar “alguém” (pessoa viva) do art. 121, *caput*, do CP? Não poderíamos dizer que não houve dolo? Segundo pensamos, se considerarmos que as hipóteses devem ser solucionadas em face da teoria do erro de tipo e do dolo, teremos de sucumbir à ideia de que as condutas de lançar a vítima nas águas do rio (primeiro exemplo) e pendurá-la pelo pescoço (segundo caso), como também o resultado morte, eram “objetivamente” típicos. De forma que a solução não deve ser buscada nos domínios do dolo e sim no juízo de imputação objetiva, tendo em vista que, negando a presença do elemento subjetivo (tipo subjetivo), estaríamos aceitando a tipicidade objetiva da ação e do resultado (tipo objetivo), *i. e.*, estaríamos acatando a ideia de que o sujeito concretizou o tipo objetivo. E isso permitiria o ingresso da realização da figura típica objetiva nos domínios do Direito Penal, o que se pretende evitar.

Qual o risco que o sujeito pretendeu causar, no primeiro exemplo, quando lançou o suposto cadáver nas águas do rio? Quis um risco inerente à “ocultação de cadáver” (CP, art. 211). Logo, não realizou conduta criadora de risco de resultado morte. De modo que só subsiste tentativa de homicídio.

Por que não pode haver homicídio culposo nas hipóteses singelas do chamado “dolo geral”? Relembre-se o seguinte exemplo: o sujeito dispara tiros de revólver na vítima; crendo que se encontra morta, suspende-a pelo pescoço numa árvore para simular suicídio, vindo ela a morrer por asfixia (sem que ele perceba). Ocorre que o homicídio culposo tem como elementar típica pessoa “viva”. Se o agente supôs tratar-se de cadáver, a segunda conduta não criou, de maneira voluntária, um risco juridicamente proibido em face do bem jurídico “vida”.

7. DOLO E PENA

O dolo, no CP de 1940, fazia parte da culpabilidade. Por isso, sua maior ou menor intensidade era considerada na dosagem concreta da pena (art. 42). Na reforma penal de 1984, porém, deslocado da culpabilidade para o tipo, nenhuma influência tem na aplicação da pena concreta. Daí a razão por que o art. 59 nenhuma referência faz a esse elemento subjetivo do tipo.

Capítulo XXVIII

TEORIA DO CRIME CULPOSO

1. OBSERVAÇÃO

A matéria aqui desenvolvida constitui complemento do que dissemos sobre a culpa na análise da teoria finalista da ação e nas teorias da culpabilidade, às quais remetemos o leitor.

2. ESTRUTURA DO TIPO, ILICITUDE E CULPABILIDADE

Vimos que a culpa, na doutrina finalista da ação, constitui elemento do tipo. Isso está claro no CP, ao descrever os delitos culposos. Assim, o art. 121, § 3.º, faz referência expressa à culpa, tornando irresponsável a conclusão de que ela faz parte do tipo. É, também, puro juízo de reprovação, uma vez que é normativa e não psicológica. Como compreender essa matéria?

Quando se diz que a culpa é elemento do tipo, faz-se referência à inobservância do dever de diligência. Explicando. A todos, no convívio social, é determinada a obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. É o denominado *cuidado objetivo*. A conduta torna-se típica “a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do instante em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência, colocada nas mesmas circunstâncias que o agente”¹. A inobservância do cuidado necessário objetivo é elemento do tipo.

Há, assim, na culpa, um primeiro momento em que se verifica a tipicidade da conduta: é típica toda conduta que infringe o “cuidado necessário

1. Welzel, Culpa e delitos de circulação, *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 38.

objetivo”. Nessa operação, ensina Welzel, a ação real do autor deve ser comparada com o conteúdo do cuidado necessário no tráfico; toda ação que não observa esse dever de diligência é típica². Ao contrário do que ocorre em relação aos crimes dolosos, em que é suficiente o processo de adequação típica para ser resolvido o problema da tipicidade do fato, nos crimes culposos o tipo é aberto (Welzel). Veja-se o delito de homicídio culposo: “se o crime (de homicídio) é culposo” (CP, art 121, § 3.º). Para resolver a questão da tipicidade do fato, não é suficiente o processo de adequação típica, uma vez que o tipo culposo não é precisamente definido em face da diversidade imensa das formas de conduta. O juiz, então, tem de estabelecer um critério para considerar típica a conduta: “toda ação que, com um resultado suscetível de constituir o fato delituoso, não apresenta características do ‘cuidado a observar-se nas relações com os demais’, é ação típica do crime culposo”³. Para saber se o sujeito deixou de observar o cuidado objetivo necessário é preciso comparar a sua conduta com o comportamento que teria “uma pessoa dotada de discernimento e de prudência colocada na mesma situação do agente”⁴. O cuidado objetivo será a conduta que teria essa pessoa-modelo nas circunstâncias em que se viu o sujeito. Há, então, duas condutas comparadas: a conduta concreta do sujeito e a conduta que teria a pessoa-modelo. Diante da situação, qual seria o *cuidado exigível* de um homem dotado de discernimento e prudência? Surge, então, o que se denomina *previsibilidade objetiva*: é de se exigir a diligência necessária objetiva quando o resultado produzido era previsível para um homem comum, nas circunstâncias em que o sujeito realizou a conduta⁵. A previsibilidade objetiva, no dizer de Welzel, é um elemento do tipo de conduta que não corresponde ao cuidado devido⁶. O cuidado necessário deve ser objetivamente previsível. É típica a conduta que deixou de observar o cuidado necessário objetivamente previsível. A imprevisibilidade objetiva exclui a tipicidade, o que está de acordo com a teoria da imputação objetiva.

2. *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. José Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, p. 74.

3. Welzel, Culpa e delitos de circulação, *Revista*, cit., p. 23. No tipo fechado (doloso), explica Ricco Harbich, a matéria do ilícito penal é descrita exaustivamente, já indicando a antijuridicidade. No tipo aberto, porém, apenas uma parte da figura criminosa é descrita pelo tipo, enquanto uma outra parte deve ser formada por complementação valorativa do juiz (Tipo e tipicidade no direito penal alemão, *Ciência Penal*, São Paulo, Ed. Convívio, 2:49, 1976).

4. Welzel, ob. e loc. cit., p. 25.

5. Idem, ibidem.

6. Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., p. 103.

A verificação da tipicidade do fato constitui indício da antijuridicidade, que pode ser afastada por suas causas de exclusão, como o estado de necessidade, a legítima defesa etc.⁷.

Verificadas a tipicidade e a ilicitude do fato, resta a análise da culpabilidade.

A culpabilidade no delito culposo decorre da *previsibilidade subjetiva*. Enquanto na *previsibilidade objetiva* é questionada a possibilidade de antevisão do resultado por uma pessoa prudente e de discernimento, na *previsibilidade subjetiva* é questionada a possibilidade de o *sujeito*, “segundo suas aptidões pessoais e na medida de seu poder individual”⁸, prever o resultado. Quando o resultado era *previsível para o sujeito*, temos a reprovabilidade da conduta, a culpabilidade. Como diz Welzel, a previsibilidade subjetiva é um elemento fundamentador da reprovabilidade daquela falta de observância do cuidado exigido⁹.

A culpabilidade, nos delitos culposos, possui os mesmos elementos dos crimes dolosos: imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa.

Resumindo: numa primeira fase, devemos examinar qual o cuidado exigível de uma pessoa prudente e de discernimento diante da situação concreta do sujeito. Encontraremos o *cuidado objetivo necessário*, fundado na *previsibilidade objetiva*. Vamos comparar esse cuidado genérico com a conduta do sujeito, *i. e.*, a conduta imposta pelo dever genérico de cuidado com o comportamento do sujeito. Se ele não se conduziu da forma imposta pelo cuidado no tráfico o fato é típico.

A tipicidade da conduta conduz à sua ilicitude.

Depois, na operação final, devemos analisar a culpabilidade: o sujeito agiu, segundo seu poder individual, de forma a impedir o resultado? Ele observou a diligência pessoal possível segundo suas próprias aptidões? A resposta negativa leva à reprovabilidade, à culpabilidade.

Assim, a observância do dever genérico de cuidado exclui a tipicidade do fato; a observância do dever pessoal de cuidado exclui a culpabilidade.

7. Johannes Wessels, *Direito penal*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, Editor, 1976, p. 155, n. III, 1.

8. Johannes Wessels, *ob. cit.*, p. 156.

9. *El nuevo sistema del derecho penal*, *cit.*, p. 103.

3. PREVISIBILIDADE OBJETIVA

Previsibilidade é a possibilidade de ser antevisto o resultado, nas condições em que o sujeito se encontrava. Suponha-se que o agente dirija veículo na contramão de direção. Há a possibilidade de serem antevistas a vinda de outro veículo em sentido contrário, em sua mão de direção, e a ocorrência de um acidente com vítima? O resultado (lesão ou morte da vítima) é perfeitamente previsível. Objeta-se que a previsibilidade é ilimitada, pelo que haveria culpa em todos os casos de produção de resultados involuntários. Assim, quando se dirige automóvel é previsível a ocorrência de acidentes. Então, em qualquer acidente automobilístico, p. ex., o sujeito seria culpável. De ver, porém, que nem tudo pode ser previsto. O legislador exige que o sujeito preveja o que normalmente pode acontecer, não que preveja o extraordinário, o excepcional (ex.: “atrás de uma bola sempre vem uma criança”). A previsibilidade deve ser examinada em face das circunstâncias concretas em que o sujeito se colocou. Ela não se projeta para o futuro remoto. Se tomo um carro e viajo para local distante, sei que posso sofrer um acidente. Não é esta a previsibilidade de que se trata. Trata-se de uma previsibilidade presente, atual, nas circunstâncias do momento da realização da conduta, de acordo com o *quod plerumque accidit*.

Há dois critérios de aferição da previsibilidade: o *objetivo* e o *subjetivo*. De acordo com o critério objetivo, a previsibilidade deve ser apreciada não do ponto de vista do sujeito que realiza a conduta, mas em face do homem prudente e de discernimento colocado nas condições concretas. Nos termos do critério subjetivo, deve ser aferida tendo em vista as condições pessoais do sujeito, *i. e.*, a questão de o resultado ser ou não previsível é resolvida com base nas circunstâncias antecedentes à sua produção. Não se pergunta o que o homem prudente deveria fazer naquele momento, mas sim o que era exigível do sujeito nas circunstâncias em que se viu envolvido.

Como vimos, a previsibilidade objetiva se projeta no campo do tipo penal; a subjetiva, na culpabilidade.

4. ELEMENTOS DO FATO TÍPICO CULPOSO

São elementos do fato típico culposo:

- 1.º) conduta humana voluntária, de fazer ou não fazer;
- 2.º) inobservância do cuidado objetivo (imputação objetiva) manifestada na imprudência, negligência ou imperícia;
- 3.º) previsibilidade objetiva;
- 4.º) ausência de previsão;
- 5.º) resultado involuntário;
- 6.º) nexo de causalidade;

7.º) imputação objetiva; e

8.º) tipicidade.

O fato se inicia com a realização voluntária de uma conduta de fazer ou não fazer. O agente não pretende praticar um crime nem quer expor interesses jurídicos de terceiros a perigo de dano. Falta, porém, com o dever de diligência exigido pela norma, que corresponde à imputação objetiva. A conduta inicial pode ser positiva, como, p. ex., dirigir um veículo; ou negativa, como, p. ex., deixar de alimentar um recém-nascido. Pode constituir infração penal ou não. O motorista que imprime velocidade excessiva a seu veículo em rua movimentada já está praticando a contravenção de direção perigosa de veículo (LCP, art. 34). Aquele que está limpando sua arma de fogo nas proximidades de terceiro, vindo culposamente a fazê-la disparar e matar a vítima, não realiza inicialmente nenhuma conduta punível (limpar arma de fogo não constitui infração penal).

Exige-se a previsibilidade objetiva, que significa a possibilidade de antevisionamento do resultado.

Outro elemento é a ausência de previsão. É necessário que o sujeito não tenha previsto o resultado. Se o previu, não estamos no terreno da culpa, mas do dolo (salvo a exceção que veremos). O resultado era previsível, mas não foi previsto pelo sujeito. Daí falar-se que a culpa é a imprevisão do previsível. Se um motorista dirige veículo em rua movimentada com excesso de velocidade e prevê que vai atropelar o transeunte, se continuar a marcha e feri-lo não irá responder por lesão corporal culposa, mas sim dolosa. É que o resultado era previsível e foi por ele previsto. E a previsão é elemento do dolo (salvo exceção).

Outro elemento é a produção involuntária do resultado. Sem o resultado não há falar em crime culposos. Neste caso, ou a conduta inicial constitui infração em si mesma ou é um indiferente penal. Na sequência, verifica-se a imputação objetiva. O último elemento é a tipicidade.

Suponha-se que o agente dirija veículo com excesso de velocidade, vindo a matar culposamente um transeunte. Há a conduta inicial voluntária (ato de dirigir o veículo), a inobservância do cuidado necessário, a previsibilidade objetiva (era previsível a ocorrência de atropelamento), a ausência de previsão do resultado (se previu, trata-se de homicídio doloso), a imputação objetiva e a produção involuntária do resultado (morte da vítima).

E esses elementos estão descritos em lei como crime de homicídio culposos (CP, art. 121, § 3.º).

5. IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA

São formas de manifestação da inobservância do cuidado necessário.

A imprudência é a prática de um fato perigoso. Ex.: dirigir veículo em rua movimentada com excesso de velocidade.

A negligência é a ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato realizado. Ex.: deixar arma de fogo ao alcance de uma criança.

Enquanto na negligência o sujeito deixa de fazer alguma coisa que a prudência impõe, na imprudência ele realiza uma conduta que a cautela indica que não deve ser realizada. A doutrina ensina que a imprudência é positiva (o sujeito realiza uma conduta) e a negligência, negativa (o sujeito deixa de fazer algo imposto pela ordem jurídica). Nem sempre, porém, é fácil fazer a distinção. Pelo fato de o agente deixar arma ao alcance de uma criança, não se pode dizer que não agiu. Na conduta de quem dirige veículo em más condições de funcionamento, em que a negligência residiria na inobservância do dever de consertá-lo antes, também está presente a imprudência de dirigi-lo naquelas circunstâncias. Daí a correta observação de Basileu Garcia de que a rigor a palavra “negligência” seria suficiente para ministrar todo o substrato da culpa, incluindo a imprudência e a imperícia¹⁰.

Imperícia é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão. O químico, o electricista, o motorista, o médico, o engenheiro, o farmacêutico etc. necessitam de aptidão teórica e prática para o exercício de suas atividades. É possível que, em face de ausência de conhecimento técnico ou de prática, essas pessoas, no desempenho de suas atividades, venham a causar dano a interesses jurídicos de terceiros. Fala-se, então, em imperícia. De observar que se o sujeito realiza uma conduta fora de sua arte, ofício, profissão, não se fala em imperícia, mas em imprudência ou negligência. A imperícia pressupõe que o fato tenha sido cometido no exercício desses misteres. Além disso, é possível que, não obstante o fato tenha sido cometido no exercício da profissão, ocorra imprudência ou negligência. A imperícia não se confunde com o *erro profissional*. É o caso do médico que emprega determinada técnica ao executar uma intervenção cirúrgica em face de escusável erro de diagnóstico.

As formas de culpa encontram-se descritas no art. 18, II, do CP vigente:

“Diz-se o crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

O CP de 1890, em seu art. 297, previa a culpa *in re ipsa* ou culpa presumida, resultante de inobservância de disposição regulamentar¹¹. Pelo

10. *Instituições de direito penal*, 5. ed., Max Limonad, 1980, v. 1, t. 1, p. 287.

11. Art. 297: “Aquele que, por imprudência, negligência ou imperícia na sua arte ou profissão, ou por inobservância de alguma disposição regulamentar, cometer ou for causa involuntária, direta ou indiretamente, de um homicídio, será punido com prisão

simples fato de dirigir veículo sem habilitação legal, vindo a atropelar a vítima, o sujeito respondia pelo resultado, mesmo que provasse não ter agido culposamente. A culpa era presumida pela inobservância de disposição regulamentar, qual seja, a que prescrevia a habilitação legal para a direção de veículo. Era a adoção da responsabilidade penal objetiva. O CP vigente não contém dispositivo semelhante. Como diz a Exposição de Motivos do CP de 1940, “na definição da culpa *stricto sensu*”, foi “inteiramente abolido o dogmatismo da ‘inobservância de alguma disposição regulamentar’, pois nem sempre é culposo o evento subsequente” (n. 13). É certo que os arts. 121, § 4.º, e 129, § 7.º, falam em “inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício”. De ver, porém, que a culpa não reside na inobservância de regra, mas sim na previsibilidade do resultado, como ficou afirmado.

6. ESPÉCIES DE CULPA

a) Culpa consciente e inconsciente

Na culpa inconsciente o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível. É a culpa comum, que se manifesta pela imprudência, negligência ou imperícia.

Na culpa consciente o resultado é previsto pelo sujeito, que espera levemente que não ocorra ou que possa evitá-lo. É também chamada culpa com previsão. Vimos que a previsão é elemento do dolo, mas que, excepcionalmente, pode integrar a culpa. A exceção está na culpa consciente. Ex.: numa caçada, o sujeito percebe que um animal se encontra nas proximidades de seu companheiro. Percebe que, atirando na caça, poderá acertar o companheiro. Confia, porém, em sua pontaria, acreditando que não virá a matá-lo. Atira e mata o companheiro. Não responde por homicídio doloso, mas sim por homicídio culposo (CP, art. 121, § 3.º). Note-se que o agente previu o resultado, mas levemente acreditou que não ocorresse. A culpa consciente se diferencia do dolo eventual. Neste, o agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não. Ele assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco nem ele lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado (previsto), mas confia em sua não produção.

Devem estar presentes, na culpa consciente, dentre outros requisitos comuns: 1.º) vontade dirigida a um comportamento que nada tem com a pro-

celular por dois meses a dois anos” [grifo nosso]. Havia disposição semelhante no crime de lesão corporal culposa (art. 306).

dução do resultado ocorrido. Ex.: atirar no animal que se encontra na mesma linha da vítima (na hipótese da caçada); 2.º) crença *sincera* de que o evento não ocorra em face de sua habilidade ou interferência de circunstância impeditiva, ou excesso de confiança. A culpa consciente contém um dado importante: a confiança de que o resultado não venha a produzir-se, que se assenta na crença em sua habilidade na realização da conduta ou na presença de uma circunstância impeditiva. No exemplo da caçada, o sujeito confia em sua habilidade (é um campeão de tiro). A necessidade de “sinceridade” da crença é normalmente referida na doutrina; 3.º) erro de execução. Exs.: o agente atira no animal e, por defeito da arma, o projétil mata uma pessoa; defeito de pontaria, em que confiava.

A culpa consciente é equiparada à inconsciente. Como diz a Exposição de Motivos do CP de 1940, “tanto vale não ter consciência da anormalidade da própria conduta, quanto estar consciente dela, mas confiando, sinceramente, em que o resultado lesivo não sobrevirá” (n. 13). Assim, em face da pena abstrata, é a mesma para os dois casos.

b) Culpa própria e imprópria

Culpa própria é a comum, em que o resultado não é previsto, embora seja previsível. Nela o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo.

Na culpa imprópria, também denominada culpa por extensão, assimilação ou equiparação, o resultado é previsto e querido pelo agente, que labora em erro de tipo inescusável ou vencível. A denominação é incorreta, uma vez que na chamada culpa imprópria temos, na verdade, um crime doloso a que o legislador aplica a pena do crime culposos.

São casos de culpa imprópria os previstos nos arts. 20, § 1.º, 2.ª parte, e 23, parágrafo único, parte final. Ex.: suponha-se que o sujeito seja vítima de crime de furto em sua residência em dias seguidos. Em determinada noite, arma-se com um revólver e se posta de atalaia, à espera do ladrão. Vendo penetrar um vulto em seu jardim, levianamente (imprudentemente, negligentemente) supõe tratar-se do ladrão. Acreditando estar agindo em legítima defesa de sua propriedade, atira na direção do vulto, matando a vítima. Prova-se, posteriormente, que não se tratava do ladrão contumaz, mas de terceiro inocente. O agente não responde por homicídio doloso, mas sim por homicídio culposos. Note-se que o resultado (morte da vítima) foi querido. O agente, porém, realizou a conduta por erro de tipo, pois as circunstâncias indicavam que o vulto era do ladrão. Trata-se de erro de tipo vencível ou inescusável, pois se ele fosse mais atento e diligente, teria percebido que não era o ladrão, mas terceiro inocente (um parente, p. ex.). Enquanto o erro de tipo escusável exclui o dolo e a culpa, o inescusável afasta o dolo, subsistindo a culpa. Por isso, o sujeito responde por crime culposos (homicídio culposos, no caso) e não doloso, aplicando-se o dispos-

to no art. 20, § 1.º, do CP. Enquanto no delito preterdoloso há dolo no antecedente e culpa no consequente, na culpa imprópria há culpa no antecedente e dolo no consequente. Trata-se, pois, de um crime doloso a que o legislador aplica a pena do crime culposo. Daí a denominação “culpa por equiparação”, *i. e.*, o CP equipara, para fins de pena, o delito doloso ao culposo.

c) A chamada culpa mediata ou indireta

Fala-se em culpa indireta ou mediata quando o sujeito, determinando de forma imediata certo resultado, vem a dar causa a outro. Ex.: o pai, na tentativa de socorrer o filho, culposamente atropelado por um veículo, vem a ser apanhado e morto por outro. Questiona-se a existência de culpa do primeiro atropelador pela produção do último resultado. A solução do problema se resolve pela previsibilidade ou imprevisibilidade do segundo resultado.

7. GRAUS DE CULPA

A doutrina tradicional gradua a culpa em:

- a) culpa grave (ou *lata*);
- b) leve; e
- c) levíssima.

Em relação à pena abstrata, não há distinção quantitativa da culpa. Seja grave, seja leve ou levíssima, a pena cominada pela norma incriminadora é a mesma. Assim, no crime de homicídio culposo, em que a pena varia de um a três anos de detenção, os limites vigoram para os três casos (grave, leve e levíssima). Na reforma penal de 1984, passando a culpa a constituir elemento do tipo e não da culpabilidade, a sua quantidade não interfere na dosagem da pena concreta. É por isso que o art. 59, ao contrário do antigo art. 42, com redação do estatuto de 1940, não faz referência ao grau da culpa.

8. COMPENSAÇÃO E CONCORRÊNCIA DE CULPAS

De acordo com a doutrina tradicional, a compensação de culpas, que existe no Direito Privado, é incabível em matéria penal. Suponha-se um crime automobilístico em que, a par da culposa conduta do agente, concorra a culpa da vítima. A culpa do ofendido não exclui a culpa do agente: não se compensam. Só não responde o sujeito pelo resultado se a culpa é exclusiva da vítima. De ver, contudo, que, aceita a teoria da imputação objetiva, a culpa da vítima, em alguns casos, exclui a responsabilidade pelo resultado, como veremos na ocasião oportuna.

A questão da compensação de culpas não se confunde com a concorrência de culpas. Suponha-se que dois veículos se choquem num cruzamento, produzindo-se ferimentos nos motoristas e provando-se que agiram culposamente. Trata-se de concorrência de culpas. Os dois respondem por crime de lesão corporal culposa. O motorista A é sujeito ativo do crime em relação a B, que é vítima; em relação à conduta de B, ele é sujeito ativo do crime, sendo A o ofendido.

9. EXCEPCIONALIDADE DO CRIME CULPOSO

Nos termos do art. 18, parágrafo único, do CP, “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Qual o critério para saber quando um crime admite a modalidade culposa? Diante de um caso concreto, em que o sujeito agiu culposamente, como se deve fazer para verificar se o fato é previsto como crime culposos?

Basta analisar a norma penal incriminadora. Quando o Código admite a modalidade culposa, há referência expressa à culpa. Quando o Código, descrevendo um crime, silencia a respeito da culpa, é porque não concebe a modalidade culposa, só admitindo a dolosa. Ex.: o crime de furto é descrito no art. 155. Analisando as figuras típicas, não encontramos referência à modalidade culposa. Logo, não existe crime de furto culposos. Já no crime de homicídio, o art. 121, § 3.º, tem a seguinte proposição: “Se o homicídio é culposos: Pena — detenção, de um a três anos”. Outros casos de crimes culposos: arts. 129, § 6.º; 250, § 2.º; 251, § 3.º; 252, parágrafo único; 254 (preceito sancionador, 2.ª parte); 256, parágrafo único; 260, § 2.º; 261, § 3.º; 262, § 2.º; 267, § 2.º; 270, § 2.º; 271, parágrafo único; 272, § 2.º; 273, § 2.º; 278, parágrafo único; 280, parágrafo único etc.

Quando o sujeito pratica o fato culposamente e a figura típica não admite a modalidade culposa, não há crime. Ex.: o sujeito destrói culposamente coisa alheia. Responde por crime de dano? Analisadas as figuras penais do crime de dano (arts. 163 a 166), não encontramos referência à espécie culposa. Logo, o dano só admite dolo. Como o sujeito agiu com culpa, não responde por crime algum (subsistindo, se for o caso, a responsabilidade civil pela reparação dos prejuízos sofridos pelo prejudicado).

Capítulo XXIX

O CRIME PRETERDOLOSO

1. CRIMES PRETERDOLOSOS OU PRETERINTENCIONAIS

No ponto da qualificação dos crimes vimos que o legislador, algumas vezes, após descrever o crime em sua forma fundamental, acrescenta-lhe um resultado que aumenta abstratamente a pena imposta no preceito sancionador. São os crimes qualificados pelo resultado, punidos em sua maioria a título de preterdolo ou preterintenção. Exs.: arts. 127; 129, § 1.º, II; 129, § 2.º, V; 129, § 3.º; 133, §§ 1.º e 2.º; 134, §§ 1.º e 2.º; 135, parágrafo único; 136, §§ 1.º e 2.º; 137, parágrafo único; 148, § 2.º; 213 §§ 1.º e 2.º; 258, 1.ª parte; 260, § 1.º; 261, § 1.º; 262, § 1.º; 263; 264, parágrafo único; 267, § 1.º; e 285.

No caso do art. 127, após descrever as figuras do crime de aborto, o legislador determina: “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”. É um caso de crime preterdoloso ou qualificado pelo resultado. Há o *primum delictum* e o resultado qualificador. O delito-base é o aborto (tentado ou consumado); o resultado qualificador é a lesão grave ou a morte da gestante.

No caso do art. 129, § 3.º, após descrever o crime de lesão corporal (no *caput*), o legislador lhe acrescentou um resultado agravador: a morte da vítima. Daí a denominação de lesão corporal seguida de morte. O *primum delictum* é a lesão corporal; o resultado qualificador, a morte.

O resultado qualificador é ligado ao delito-base pelo nexo de causalidade objetiva, não prescindindo da relação normativa (*imputatio juris*). Desta forma, se o resultado decorrer de caso fortuito ou força maior, have-

rá solução de continuidade na *imputatio facti*, pelo que o agente só responderá pelo primeiro crime (*primum delictum*).

2. NEXO SUBJETIVO E NORMATIVO

Crime preterdoloso (ou preterintencional) é aquele em que a conduta produz um resultado mais grave que o pretendido pelo sujeito. O agente quer um *minus* e seu comportamento causa um *majus*, de maneira que se conjugam o *dolo* na conduta antecedente e a *culpa* no resultado (consequente). Daí falar-se que o crime preterdoloso é um misto de dolo e culpa: dolo no antecedente e culpa no consequente, derivada da inobservância do cuidado objetivo. Constitui elemento subjetivo-normativo do tipo (o dolo é o elemento subjetivo; a culpa, o normativo).

No crime preterdoloso não é suficiente a existência de um nexo de causalidade objetiva entre a conduta antecedente (que constitui o *primum delictum*) e o resultado agravador. Assim, a mera *imputatio facti* (relação entre a conduta e o resultado — art. 13), embora necessária, não é suficiente, uma vez que se exige a *imputatio juris* (relação de causalidade subjetiva-normativa). É necessário que haja um liame normativo entre o sujeito que pratica o *primum delictum* e o resultado qualificador. Este só é imputado ao sujeito quando previsível (culpa). No caso da lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º), a lesão corporal é punida a título de dolo; a morte, a título de culpa. Daí falar-se em preterdolo (o resultado vai além do dolo). O dolo do agente só se estende à lesão corporal. Ele não quer matar a vítima nem assume o risco de produzir a morte. Ele só quer feri-la. Mas causa a lesão de tal forma que ela provoca a morte do ofendido, sendo previsível o resultado. Assim, nos crimes preterdolosos, o nexo em relação ao resultado qualificador é a culpa. Não sendo previsível, ocorrendo caso fortuito ou força maior, o resultado não é atribuível ao agente, que só responde pelo fato antecedente. No exemplo, resultando a morte de *casus*, o sujeito só responde por lesão corporal.

O CP vigente, cuidando do tema, diz que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente” (art. 19). A expressão “ao menos culposamente” indica a existência de casos em que o resultado qualificador admite dolo, como em algumas hipóteses de lesão corporal grave e gravíssima (CP, art. 129, §§ 1.º e 2.º). Quando isso ocorre, como é óbvio, não se pode falar em crime preterdoloso, mas simplesmente em delito qualificado pelo resultado.

Capítulo XXX

DO ERRO DE TIPO

1. CONCEITO

Erro de tipo é o que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora. É o que faz o sujeito supor a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a presença de requisitos da norma permissiva. Ex.: o sujeito dispara um tiro de revólver no que supõe seja um animal bravo, vindo a matar um homem. A falsa percepção da realidade incidiu sobre um elemento do crime de homicídio. No fato cometido, ele supôs a ausência da elementar “alguém” (pessoa humana) contida na descrição do crime (art. 121, *caput*). Em face do erro, não se encontra presente o elemento subjetivo do tipo do crime de homicídio, qual seja, o dolo. Não há a consciência da conduta e do resultado, a consciência do nexo de causalidade, nem a vontade de realizar a conduta contra a vítima e de produzir o resultado (morte). Há desconformidade entre a realidade e a representação do sujeito que, se a conhecesse, não realizaria a conduta.

O erro de tipo pode também recair sobre uma circunstância qualificadora. Ex.: o sujeito, desconhecendo a relação de parentesco, induz a própria filha a satisfazer a lascívia de outrem. Responde pela forma típica fundamental do art. 227 do CP, sem a qualificadora do § 1.º.

Do mesmo modo, pode incidir sobre uma circunstância agravante genérica (CP, arts. 61 e 62). Incidente sobre atenuantes (CP, art. 65), é irrelevante, *i. e.*, não prejudica o sujeito.

Por último, pode recair sobre os pressupostos de fato de uma excludente da ilicitude, como, *v. g.*, a legítima defesa putativa, em que o sujeito, dian-

te das circunstâncias de fato, supõe a existência de uma agressão injusta.

Falando em “erro de tipo”, tem-se a falsa impressão de que recai sobre a figura típica. Na verdade, incide sobre as elementares e circunstâncias do fato que o tipo descreve, *i. e.*, sobre o fato total praticado pelo sujeito. Esse erro, que recai sobre o fato, reverte-se em erro sobre os dados do tipo.

O erro de tipo exclui sempre o dolo, seja evitável, seja inevitável. Como o dolo é elemento do tipo, a sua presença exclui a tipicidade do fato doloso, podendo o sujeito, como veremos, responder por crime culposos.

Está previsto no art. 20 do CP:

“O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

“§ 1.º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos”.

2. EXEMPLOS

a) Contrair casamento com pessoa casada, insciente do matrimônio anterior válido. O casamento anterior válido é elementar do subtipo do crime de bigamia previsto no art. 235, § 1.º. Ao praticar o fato (contrair casamento) o sujeito supõe a inexistência do elemento típico.

b) Tirar a coisa alheia, supondo-a própria. O agente não responde por crime de furto, uma vez que supôs inexistente no fato praticado a elementar *alheia* contida na descrição do crime de furto (art. 155, *caput*).

c) O professor de anatomia, durante a aula, fere pessoa viva, supondo tratar-se de cadáver. Não responde por crime de homicídio (exemplo de Hungria).

d) O agente pratica conjunção carnal com sua namorada, supondo que tenha mais de 14 anos em face de certidão de nascimento falsa. Não responde por estupro de vulnerável (art. 217-A, com redação dada pela Lei n. 12.015/2009), uma vez que desconhecia a elementar concernente à idade da vítima.

A ausência de dolo ou de culpa constitui erro de tipo.

3. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO. RELAÇÃO COM O ERRO DE FATO E O ERRO DE DIREITO

A moderna doutrina penal não fala mais em erro de direito e erro de fato, mas em erro de proibição e erro de tipo. Alcides Munhoz Netto, em

conferência que pronunciou a respeito do Anteprojeto do CP de 1969, advertia que os conceitos modernos não correspondem exatamente aos de erro de fato e erro de direito. Ensinava que, “recaindo sobre as circunstâncias que pertencem à figura delituosa, o erro de tipo tanto pode se originar de uma falsa representação de seus elementos materiais, quanto de uma errônea valoração do sujeito acerca de um elemento normativo, como seria o caso do erro a respeito da natureza criminosa do fato imputado, no crime de calúnia”. “Quem subtrai de outrem uma coisa que erroneamente supõe sua, encontra-se em erro de tipo; não sabe que subtrai uma coisa alheia; porém, quem acredita ter o direito de subtrair a coisa alheia (ex.: o credor frente ao devedor insolvente) encontra-se em erro sobre a antijuridicidade. É inegável que a precisão técnica destes conceitos de erro de tipo e de erro de proibição é muito superior à das noções de erro de fato e erro de direito”¹. Assim, as expressões *erro de fato e de direito* e *erro de tipo e de proibição* não se equivalem. Isso quer dizer que o *erro de fato* não corresponde ao *erro de tipo* e que o *erro de direito* não equivale ao *erro de proibição*.

Maurach expõe os conceitos de erro de tipo e de proibição: “Erro de tipo é o desconhecimento de circunstâncias do fato pertencentes ao tipo legal, com independência de que os elementos sejam descritivos ou normativos, jurídicos ou fáticos. Erro de proibição é todo erro sobre a antijuridicidade de uma ação conhecida como típica pelo autor”². Se o sujeito tem cocaína em casa, supondo tratar-se de outra substância, inócua, trata-se de erro de tipo (art. 20); se a tem supondo que o depósito não é proibido, o tema é de erro de proibição (CP, art. 21).

4. ERRO DE TIPO E DELITO PUTATIVO POR ERRO DE TIPO

Na matéria do delito putativo (classificação dos crimes) vimos que possui três espécies:

- a) delito putativo por erro de proibição;
- b) delito putativo por erro de tipo; e

1. Alcides Munhoz Netto, Causas de exclusão da culpabilidade, *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto de Código Penal Brasileiro*, São Paulo, Imprensa Oficial, 1965, p. 272 e 273; v. sobre o assunto a excelente obra de Alcides Munhoz Netto, *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 6 e s.

2. *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, v. 2, p. 142.

c) delito putativo por obra de agente provocador.

Há delito putativo por erro de tipo quando o sujeito pretende praticar um crime, mas vem a cometer um indifferente penal em face de supor existente uma elementar do tipo. É o exemplo da mulher que, pretendendo praticar aborto em face de supor encontrar-se em estado de gravidez, ingere substância abortiva. A inexistência da gravidez (erro de tipo) enseja o cometimento de um indifferente penal. A realidade do crime só existe na mente da agente.

A distinção entre erro de tipo e delito putativo por erro de tipo faz-se diante da vontade do sujeito. No erro de tipo ele *não quer cometer o crime*, acabando por praticá-lo (quanto à sua parte objetiva) em face do erro. No delito putativo por erro de tipo, ao contrário, ele *quer praticar o crime*, mas não consegue cometê-lo diante do erro.

5. FORMAS

O erro de tipo pode ser:

- a) essencial; e
- b) acidental.

Erro de tipo essencial é o que versa sobre elementares ou circunstâncias.

Erro de tipo acidental é o que versa sobre dados secundários da figura típica.

6. ERRO DE TIPO ESSENCIAL

Há erro de tipo essencial quando a falsa percepção impede o sujeito de compreender a natureza criminoso do fato. Ex.: matar um homem supondo tratar-se de animal bravo. Recai sobre elementos ou circunstâncias do tipo penal ou sobre os pressupostos de fato de uma excludente da ilicitude.

Apresenta-se sob duas formas:

- a) erro invencível (ou escusável);
- b) erro vencível (ou inescusável).

Há erro invencível (escusável ou inculpável) quando não pode ser evitado pela normal diligência. Qualquer pessoa, empregando a diligência ordinária exigida pelo ordenamento jurídico, nas condições em que se viu o sujeito, incidiria em erro.

Há erro vencível (inescusável ou culpável) quando pode ser evitado pela diligência ordinária, resultando de imprudência ou negligência. Qualquer pessoa, empregando a prudência normal exigida pela ordem jurídica, não cometeria o erro em que incidiu o sujeito.

7. EFEITOS DO ERRO DE TIPO ESSENCIAL

Tratando-se de erro essencial, pois o acidental não beneficia o sujeito, os seus efeitos variam de acordo com a sua natureza.

O erro essencial invencível exclui o dolo e a culpa. Na verdade, não há propriamente “exclusão” de dolo e culpa. Quando incidente o erro de tipo essencial invencível, o sujeito não age dolosa ou culposamente. Daí não responder por crime doloso ou culposos.

O erro essencial vencível exclui o dolo, mas não a culpa, desde que previsto em lei o crime culposos.

No exemplo do caçador que atira no amigo supondo tratar-se de animal bravo podem ocorrer duas hipóteses:

a) Tratando-se de erro de tipo essencial invencível, não responde por crime de homicídio doloso ou culposos. Provando-se que qualquer pessoa, nas condições em que se viu envolvido, teria a mesma suposição, qual seja, que se tratava de animal bravo, há exclusão do dolo e da culpa, aplicando-se o disposto no art. 20, *caput*, 1.^a parte.

b) Tratando-se de erro de tipo essencial vencível, não responde por crime de homicídio doloso, mas sim por crime de homicídio culposos. Provando-se que qualquer pessoa, nas condições em que o caçador se viu envolvido, empregando a diligência ordinária exigida pela ordem jurídica, não incidiria em erro, isto é, não faria a leviana suposição de tratar-se de animal bravo, há exclusão do dolo, mas não da culpa. É que neste caso o erro resultou de desatenção, levandade, negligência do sujeito, pelo que deve responder pelo fato culposos, nos termos do que dispõe o art. 20, *caput*, 2.^a parte.

Explicando em outros termos:

A figura típica é composta de elementos específicos ou elementares. Na descrição do crime de furto as elementares estão contidas no *caput* do art. 155: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. A par das elementares, às vezes o legislador acrescenta ao tipo determinadas circunstâncias que aumentam a pena. É o que ocorre, p. ex., no crime de lesão corporal qualificada pelo aborto (art. 129, § 2.º, V). Após a definição da lesão corporal em seu tipo fundamental (art. 129, *caput*) o Código acrescentou ao tipo uma qualificadora, qual seja, o resultado aborto (art. 129, § 2.º, V).

O erro de tipo pode incidir sobre esses elementos (elementares e circunstâncias qualificadoras). Quando isso ocorre, tratando-se de erro essencial invencível, há exclusão do dolo e da culpa. Suponha-se que o agente, ao retirar-se da residência do vizinho, em vez de apanhar o chapéu próprio, apanhe o alheio. Não responde por crime de furto. É que o erro incidiu sobre uma elementar do crime, qual seja, a que se refere à qualidade de ser *alheia* a coisa móvel. Ele supôs que fosse própria; supôs a inexistência da elementar *alheia* do fato cometido. O erro pode também incidir sobre uma circunstância. A título de argumentação, quem, numa explosão de cólera, mata um sacerdote, ignorando essa qualidade, não se exime do pecado de homicídio, mas não incide na agravante do sacrilégio. No crime de lesão corporal seguida de aborto, por esta qualificadora não responde o agente se desconhecia o estado de gravidez da vítima. É que neste caso ele supõe inexistente uma circunstância do crime (o estado de gravidez da vítima), subsistindo o tipo fundamental doloso.

No que se refere ao erro quanto à condição integrante do tipo, tratando-se de elementar, não há exclusão da culpa quando deriva da espécie vencível, respondendo por crime culposos se prevista a forma culposa para o fato praticado. É o exemplo do caçador que levianamente atira num vulto, vindo a matar o companheiro. Há exclusão do dolo, mas não da culpa, respondendo por homicídio culposos. Só há exclusão do dolo e da culpa quando se trata de erro invencível.

Às vezes, o erro quanto à condição integrante do tipo opera desclassificação para outro delito. Ex.: o sujeito injúria um funcionário público no exercício da função, desconhecendo a qualidade pessoal da vítima (insciente de que se trata de funcionário público). Não responde por desacato (art. 331), subsistindo a punição por injúria (art. 140).

O erro de tipo também pode recair sobre circunstância agravante genérica. Ex.: o sujeito pratica lesão corporal contra a vítima, desconhecendo que ela se encontra doente. Não incide a circunstância qualificativa do art. 61, II, *h* (3.^a figura).

8. DESCRIMINANTES PUTATIVAS

a) Introdução

Ocorrem quando o sujeito, levado a erro pelas circunstâncias do caso concreto, supõe agir em face de uma causa excludente da ilicitude.

b) Disciplina legal

O art. 23, *caput*, do CP prevê as causas de exclusão da antijuridicidade, que são:

- a) estado de necessidade;
- b) legítima defesa;
- c) estrito cumprimento de dever legal; e
- d) exercício regular de direito.

É possível que o sujeito, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, suponha encontrar-se em face de estado de necessidade, de legítima defesa, de estrito cumprimento de dever legal ou de exercício regular de direito. Quando isso ocorre, aplica-se o disposto no art. 20, § 1.º, 1.ª parte: “É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Surgem as denominadas eximentes *putativas* ou *causas putativas de exclusão da antijuridicidade*. Resultam da combinação do art. 20, § 1.º, 1.ª parte, com os incisos do art. 23 (com remissão aos arts. 24 e 25, que conceituam, respectivamente, o estado de necessidade e a legítima defesa).

O Código fala em suposição de “situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Suponha-se o caso de o agente acreditar que se encontra em face de agressão injusta (na realidade, inexistente), vindo a matar o pretenso agressor. Ele supõe uma situação de fato (suposição da agressão injusta) que, se existisse (se houvesse realmente a agressão), tornaria a ação legítima (haveria legítima defesa real, excludente da antijuridicidade). Como não havia agressão injusta, não há legítima defesa real, que exclui a ilicitude. O fato por ele cometido é ilícito. Mas, como laborou em erro de tipo essencial (invencível), não há dolo ou culpa.

São as seguintes as eximentes putativas:

- a) estado de necessidade putativo;
- b) legítima defesa putativa;
- c) estrito cumprimento de dever legal putativo; e
- d) exercício regular de direito putativo.

Exs.:

a) Durante sessão cinematográfica alguém grita “fogo”, dando a entender que o edifício se encontra em chamas, o que não acontece na realidade. No atropelo, A, supondo encontrar-se em estado de necessidade, vem a ferir B, a fim de salvar-se. O agente não responde por lesão corporal, uma vez que agiu em estado de necessidade putativo (que exclui a tipicidade a título de dolo ou culpa).

b) A ameaça B de morte, prometendo matá-lo no primeiro encontro. Certo dia, encontram-se. A põe a mão na altura da cintura, supondo B que ele vai empolgar o revólver para matá-lo. Rápido, B saca de sua arma e mata A. Verifica-se que A não se encontrava armado, tendo apenas feito menção de procurar um lenço no bolso. B não responde por crime de homicídio. Agiu em legítima defesa putativa, que exclui dolo e culpa.

c) Durante a guerra, a sentinela, percebendo a aproximação de um vulto, supõe que se trata de um inimigo, vindo a matar seu companheiro que, tendo fugido da prisão inimiga, estava voltando ao acampamento. O sujeito não responde por homicídio, uma vez que agiu em estrito cumprimento de dever legal putativo, que exclui dolo e culpa (Nélson Hungria)³.

d) Um particular surpreende alguém em flagrante delito, saindo no encalço do criminoso. Ao virar uma esquina, encontrando-se com um sócio do perseguido, prende-o e o leva à Delegacia, verificando-se o erro. Não responde por sequestro, já que agiu no exercício regular de direito putativo⁴.

Na legítima defesa putativa o erro pode recair sobre a situação de fato ou sobre a injustiça da agressão. No exemplo dado (b) ocorre a primeira hipótese. Exemplo da segunda: o sujeito supõe, por erro, que o oficial de justiça está se excedendo na penhora de seus bens e, mediante violência, impede parte da diligência. O mesmo pode ocorrer em relação a todas as excludentes da ilicitude putativas. O erro do sujeito pode recair sobre:

a) os pressupostos de fato da causa de justificação; ou

b) os limites da excludente da ilicitude, supondo, em face disso, a ilicitude do fato.

Nosso CP, tendo adotado a teoria limitada da culpabilidade, disciplina o tema da seguinte forma:

3. Carlos A. Tozzini faz distinção entre “cumprimento de dever legal putativo” e “cumprimento putativo de dever legal”. No primeiro caso, “la norma que reglaría la conducta del sujeto activo frente a una situación dada no existe”; no segundo, “el deber está normativamente impuesto y los que resultan imaginarios, o mejor dicho, erróneos son los presupuestos fácticos previos a la exigibilidad del deber” (*Dolo, error y eximentes putativas*, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 77).

4. Carlos A. Tozzini também faz distinção entre “exercício de um direito putativo” e “exercício putativo de um direito”. “Dentro de la primera hipótesis entrarían aquellos casos en los que el agente cree en la existencia de una norma legal que lo ampara y que, en verdad, nunca fué legislada o, al menos, nunca tuvo la extensión que él le otorga conductualmente.” “En el segundo supuesto, el derecho realmente existe y el sujeto lo conoce en su correcta medida, mas lo que no se da en el campo geográfico es la situación de hecho que permite el ejercicio del derecho” (ob. cit., p. 79).

Quando o erro incide sobre os pressupostos de fato da excludente, trata-se de erro de tipo, aplicando-se o disposto no art. 20, § 1.º: se inevitável, há exclusão de dolo e culpa; se evitável, fica excluído o dolo, podendo o sujeito responder por crime culposos. Quando, entretanto, o erro do sujeito recai sobre os limites legais (normativos) da causa de justificação, aplicam-se os princípios do erro de proibição: se inevitável, há exclusão da culpabilidade; se evitável, não se excluindo a culpabilidade, subsiste o crime doloso, atenuando-se a pena (art. 21, *caput*).

Assim, na legítima defesa putativa, pode ocorrer que:

a) o erro do sujeito incida sobre a existência da agressão: trata-se de erro de tipo (art. 20, § 1.º);

b) recaia sobre a injustiça da agressão: cuida-se de erro de proibição (art. 21).

Nas descriminantes putativas derivadas de erro de tipo é necessário que ele seja plenamente justificado pelas circunstâncias. É preciso verificar se se trata de erro vencível ou invencível. Cuidando-se de erro invencível, há exclusão de dolo e culpa. Tratando-se de erro vencível, responde o sujeito por crime culposos, se prevista a modalidade culposa. Provando-se que o sujeito não foi diligente no verificar as circunstâncias do fato, responde por crime de homicídio culposos (art. 20, § 1.º).

De observar que não só as causas de exclusão da ilicitude, quando sobre elas incide o erro invencível, podem transformar-se em eximentes putativas, mas também as causas de exclusão da culpabilidade (salvo a inimputabilidade). Assim, admite-se a existência de causas de inculpabilidade putativas, que são, entre outras, a coação moral irresistível putativa e a obediência hierárquica putativa. Exs.:

a) Coação moral irresistível putativa: o agente comete um fato típico supondo que se encontra sob coação moral irresistível. Ele supõe encontrar-se nas condições previstas no art. 22, 1.ª parte, do CP. Há exclusão da culpabilidade, embora não possa ser aplicado o disposto no art. 20, *caput*, 2.ª parte, encontrando-se a solução na própria órbita do art. 22, 1.ª parte. Ex.: um funcionário público recebe, por escrito, séria ameaça para não realizar ato de ofício. Omitte-se. Verifica-se, posteriormente, que a carta era endereçada a outro servidor público em idêntica situação funcional.

b) Obediência hierárquica putativa: quando a ordem é legal o subordinado não comete crime em face de uma causa de exclusão da antijuridicidade (estrito cumprimento de dever legal). Quando a ordem é manifestamente ilegal, respondem pelo crime o superior e o subordinado. Quando a ordem não é manifestamente ilegal, por força do art. 22, 2.ª parte, há uma

causa de exclusão da culpabilidade em relação ao subordinado, respondendo pelo crime o superior. Pode ocorrer que a ordem seja ilegal, sendo que o subordinado pratica o fato por erro de tipo, na *crença firme* de tratar-se de ordem legal. Cuida-se, então, de obediência hierárquica putativa, excludente de dolo e culpa, aplicando-se o disposto no art. 20, § 1.º, 1.ª parte, combinado com os arts. 22, 2.ª parte, e 23, III, do CP. O agente supôs encontrar-se, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, em situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (ele supôs encontrar-se no estrito cumprimento de dever legal). Como dizia Nélson Hungria, não se pode confundir a obediência hierárquica “com o caso em que o inferior cumpre uma ordem ilegal por *erro de fato*. Suponha-se que um guarda-civil, em tempo de agitação pública, atendendo à ordem do delegado de polícia, dispersa a tiros uma multidão que se dirige, com certo tumulto, ao palácio do Governo, supondo que se trata de um bando de sediciosos, quando, na realidade, eram populares que iam protestar sua adesão ao Presidente da República. A regra a aplicar-se, aqui, é a do art. 17, segunda parte; o agente, iludido pelas circunstâncias de fato, supõe estar cumprindo um dever legal. Se vem a ser atingido e morto um dos populares, o guarda-civil (do mesmo modo que o delegado, se este também laborou em erro) não responderá pelo homicídio a título de dolo, e nem mesmo a título de culpa, se o erro era escusável”⁵.

9. ERRO PROVOCADO POR TERCEIRO

Dispõe o art. 20, § 2.º, que “responde pelo crime o terceiro que determina o erro”.

O erro pode ser:

- a) espontâneo; e
- b) provocado.

Há a forma espontânea quando o sujeito incide em erro sem a participação provocadora de terceiro, correspondendo aos exemplos anteriormente dados.

5. *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1977, v. 1, t. 2, p. 262. Nélson Hungria se referia ao antigo art. 17 do CP de 1940. Hoje, art. 20, § 1.º. Sobre a existência das causas de exclusão da culpabilidade putativas, veja Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 6, p. 753 e s. V. sobre o tema: Alcides Munhoz Netto, *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 139 e s.

Existe o erro provocado quando o sujeito a ele é induzido por conduta de terceiro. A provocação (ou determinação) pode ser:

a) dolosa; e

b) culposa.

Há provocação dolosa quando o erro é *preordenado* pelo terceiro, *i. e.*, o terceiro conscientemente induz o sujeito a incidir em erro. Neste caso, o provocador responde pelo crime a título de dolo. Ex.: desejando matar *C*, *A* entrega uma arma municiada a *B*, fazendo-o crer que se encontra descarregada e o induz a acionar o gatilho na direção da vítima (*C*). *B* aciona o gatilho e mata o ofendido. *A* responde por homicídio doloso. O provocado (*B*), em face do erro, não responde pelo crime, salvo se agiu com culpa, caso em que incide em delito culposos.

Existe determinação (ou provocação) culposa quando o terceiro age com imprudência, negligência ou imperícia. Neste caso, responde pelo crime praticado pelo provocado a título de culpa. Ex.: sem verificar se a arma se encontra carregada ou não, *A* a entrega a *B*, afirmando que se encontra sem munição, induzindo-o a acionar o gatilho. Acionado, o projétil atinge *C*, matando-o. O provocador responde por homicídio culposos. O provocado também responde por homicídio culposos, uma vez que a prudência indicava que deveria por si mesmo verificar se a arma se encontrava descarregada ou não.

A posição do terceiro provocador é a seguinte:

Responde pelo crime a título de dolo ou culpa, de acordo com o elemento subjetivo do induzimento.

A posição do provocado é a seguinte:

a) tratando-se de erro invencível, não responde pelo crime cometido, quer a título de dolo, quer de culpa;

b) tratando-se de provocação de erro vencível, não responde pelo crime a título de dolo, subsistindo a modalidade culposa, se prevista na lei penal incriminadora.

E se o terceiro e o sujeito agem dolosamente?

Suponha-se que *A* faça crer a *B* que a arma se encontra descarregada, sabendo que está carregada e querendo que *B* mate *C*. *B* percebe que a arma está carregada e, notando a manobra ardilosa de *A*, acede à sua vontade de matar a vítima. Aciona o gatilho e mata a vítima. Não se trata de erro provocado, uma vez que *B* não incidiu em erro. Neste caso ambos respondem por homicídio doloso.

E se, no exemplo dado, *A* age culposamente e *B*, dolosamente?

Não há erro provocado (*B*, diante do dolo, não incidiu em erro). Não há também participação, uma vez que não há participação culposa em crime doloso. *A* responde por homicídio culposo; *B*, por homicídio doloso.

Como lembrava Basileu Garcia, o erro provocado suscita situações curiosas. Suponha-se que um sujeito solteiro induza um casado a contrair novo casamento, convencendo-o que cessou o impedimento em face de certa circunstância. O contraente não responde por crime de bigamia (CP, art. 235). O provocador doloso, embora solteiro, responde pelo delito⁶.

10. ERRO ACIDENTAL

a) Conceito

Erro de tipo accidental é o que não versa sobre elementos ou circunstâncias do crime, incidindo sobre dados accidentais do delito ou sobre a conduta de sua execução. Não impede o sujeito de compreender o caráter ilícito de seu comportamento. Mesmo que não existisse, ainda assim a conduta seria antijurídica. O sujeito age com consciência do fato, enganando-se a respeito de um dado não essencial ao delito ou quanto à maneira de sua execução. O erro accidental não exclui o dolo.

Zaffaroni denomina as hipóteses de erro accidental “casos particulares de erro de tipo sobre a causalidade e o resultado”, esclarecendo: “Os pequenos desvios que o acontecer físico tenha com a programação (nunca completa) constituem o que se denomina *erro não essencial*, que é penalmente irrelevante”⁷.

São casos de erro accidental:

a) erro sobre o objeto (*error in objecto*);

b) erro sobre pessoa (*error in persona*), disciplinado no art. 20, § 3.º;

c) erro na execução (*aberratio ictus*), previsto no art. 73;

d) resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*), hipótese descrita no art. 74 do CP.

A *aberratio ictus* e a *aberratio criminis* são denominadas impropriamente “delito aberrante”.

6. *Instituições de direito penal*, São Paulo, Max Limonad, 1980, v. 1, t. 1, p. 311, n. 93.

7. *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 279; *Manual de derecho penal*; parte general, 2. ed., Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 342 e 343.

b) Erro sobre objeto (“error in objecto”)

Objeto material do crime é a pessoa ou a coisa sobre a qual incide a conduta do agente. A expressão “erro sobre objeto”, porém, não se estende a ambas, restringindo-se à coisa.

Há erro sobre objeto quando o sujeito supõe que sua conduta recai sobre determinada coisa, sendo que, na realidade, ela incide sobre outra. É o caso de o sujeito subtrair açúcar supondo tratar-se de farinha. O erro é irrelevante, pois a tutela penal abrange a posse e a propriedade de qualquer coisa, e não de objetos determinados, pelo que o agente responde pelo crime de furto.

c) Erro sobre pessoa (“error in persona”)

Ocorre quando há erro de representação, em face do qual o sujeito atinge uma pessoa supondo tratar-se da que pretendia ofender. Ele pretende atingir certa pessoa, vindo a ofender outra inocente pensando tratar-se da primeira. Ocorre um desvio na relação representada pelo agente entre a conduta e o resultado. Ele prevê o nexo de causalidade entre sua conduta e o resultado contra a vítima Antônio; realiza a conduta e causa o mesmo evento contra Pedro. Há desvio entre o curso causal representado e o que efetivamente ocorreu. Só é admissível nos crimes dolosos.

A hipótese é cuidada no art. 20, § 3.º: “O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena”. Não há, pois, exclusão da tipicidade do fato.

O erro sobre a pessoa não exclui o crime, pois a norma penal não tutela a pessoa de Pedro ou João, mas todas as pessoas. Ex.: o agente pretende matar Pedro. Encontrando-se com Antônio, sócio de Pedro, mata-o. Responde por crime de homicídio doloso como se tivesse matado Pedro.

O art. 20, § 3.º, 2.ª parte, reza o seguinte: “Não se consideram, neste caso” (erro sobre pessoa), “as condições ou qualidades da vítima, senão as de pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”. Significa que no tocante ao crime cometido pelo sujeito não devem ser considerados os dados subjetivos da *vítima efetiva*, mas sim esses dados em relação à *vítima virtual* (que o agente pretendia ofender). Exs.:

1.º) O agente pretende cometer homicídio contra Pedro. Coloca-se de atalaia e, pressentindo a aproximação de um vulto e supondo tratar-se da vítima, atira e vem a matar o próprio pai. Sobre o fato não incide a agravante genérica prevista no art. 61, II, e, 1.ª figura (ter cometido o crime contra ascendente).

2.º) O agente pretende praticar um homicídio contra o próprio irmão. Põe-se de emboscada e, percebendo a aproximação de um vulto e o tomando pelo irmão, efetua disparos vindo a matar um terceiro. Sobre o fato incide a agravante genérica do art. 61, II, e, 3.ª figura, do CP (ter sido o crime cometido contra irmão).

d) Erro na execução (“*aberratio ictus*”)

Aberratio ictus significa aberração no ataque ou desvio do golpe. Ocorre quando o sujeito, pretendendo atingir uma pessoa, vem a ofender outra. Há disparidade entre a relação de causalidade prevista pelo agente e o nexos causal realmente produzido. Ele pretende que em consequência de seu comportamento se produza um resultado contra Antônio; realiza a conduta e causa o evento contra Pedro.

Tratando-se de erro accidental, a *aberratio ictus* não exclui a tipicidade do fato.

O CP trata do erro na execução no art. 73: “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3.º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”. Aplica-se somente ao crime doloso.

A *aberratio ictus* difere do erro sobre pessoa em duas circunstâncias:

a) No erro sobre pessoa não há concordância entre a realidade do fato e a representação do agente. Ele supõe tratar-se de uma pessoa quando se cuida de outra. Na realidade, a pessoa é Antônio; na mente do sujeito, é Pedro, a quem pretende ofender. Na *aberratio ictus* não existe viciamento da vontade no momento de realização do fato, mas erro ou acidente no emprego dos meios de execução do delito.

b) Na *aberratio ictus* a pessoa visada pelo sujeito sofre perigo de dano, enquanto isso não ocorre no erro sobre pessoa.

O erro sobre pessoa e a *aberratio ictus* podem concorrer. Ex.: Vera Gelo, estudante russa, ao se retirar do Colégio de França, disparou sua arma contra Emílio Deschanel, supondo tratar-se de outra pessoa, vindo a atingir sua própria amiga⁸.

8. Caso mencionado por Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 10. ed., Paris, Sirey, 1946, p. 90.

A aberração no ataque ocorre “por acidente ou erro no uso dos meios de execução”, como, p. ex., erro de pontaria, desvio da trajetória do projétil por alguém haver esbarrado no braço do agente no instante do disparo, movimento da vítima no momento do tiro, desvio de golpe de faca pela vítima, defeito da arma de fogo etc.

Há duas formas de *aberratio ictus*:

a) *aberratio ictus* com unidade simples (com resultado único: morte ou lesão corporal);

b) *aberratio ictus* com unidade complexa (com resultado duplo).

Existe a *aberratio ictus* com resultado único quando em face de erro na conduta causal um terceiro vem a sofrer o resultado, que pode ser lesão corporal ou morte. Ex.: o agente atira na direção da vítima virtual, que se encontra ao lado de outra pessoa, erra o alvo e vem a matar ou ferir esta (vítima efetiva). Há um só resultado (morte ou lesão corporal).

Quando há erro na execução com resultado único, duas teorias procuram solucionar a questão:

1.^a) Se há morte da vítima efetiva, existem dois crimes: tentativa de homicídio em relação à vítima virtual e homicídio culposo em relação à efetiva; se a vítima efetiva sofre lesão corporal, há dois crimes: tentativa de homicídio em relação à vítima virtual e lesão corporal culposa em relação à efetiva.

2.^a) Vê na *aberratio ictus* com unidade de resultado um só delito (tentado ou consumado). É a teoria aceita pelo nosso CP. Podem ocorrer duas hipóteses:

a) A vítima efetiva sofre lesão corporal: o agente responde por tentativa de homicídio (como se a vítima virtual tivesse sofrido a lesão). A lesão corporal culposa sofrida pela vítima efetiva fica absorvida pela tentativa de homicídio.

b) A vítima efetiva vem a falecer: na realidade, como explicava Aníbal Bruno, há uma tentativa de homicídio contra a vítima virtual e um homicídio culposo contra a efetiva. O Código, porém, vê uma unidade de crime, um só crime de homicídio doloso (como se o agente tivesse matado a vítima virtual). É o que determina o art. 73: “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela...”.

Nos dois casos, de acordo com o que preceitua o art. 73, 1.^a parte, *in fine*, deve ser atendido ao disposto no art. 20, § 3.^o, 2.^a parte. Exs.:

a) O agente pretende matar Pedro, que se encontra ao lado de seu pai (do agente). Atira e vem a matar o próprio pai. Sobre o fato não incide a agravante genérica da relação de parentesco (art. 61, II, e, 1.^a figura).

b) O agente pretende matar o próprio pai, que se acha conversando com Pedro, estranho. Atira e mata o terceiro. Sobre o fato incide a circunstância agravante.

Vejamos a hipótese de *aberratio ictus* com duplicidade de resultado, esclarecendo que parte da doutrina ensina que ela não apresenta a figura da aberração no ataque, mas sim um caso de concurso formal de crimes (parte da doutrina entende que só há *aberratio ictus* quando o fato apresenta unidade de resultado). Ocorre quando o agente atinge a vítima virtual e terceira pessoa. Aplica-se a 2.^a parte do art. 73: “No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”. Forma-se uma unidade complexa, tendo aplicação o princípio do concurso formal de crimes. Na realidade, se o agente atinge a pessoa que pretendia ofender e também uma terceira, existem dois crimes: um homicídio doloso (tentado ou consumado) em relação à vítima que pretendia ofender e um homicídio ou lesão corporal culposos em relação ao terceiro. Com uma só conduta, o sujeito comete dois crimes. Neste caso, a solução dada pelo Código se justifica pela *unidade* da atividade criminosa, incidindo a regra do concurso ideal (formal) de crimes. Suponha-se que o agente, pretendendo ofender Antônio, venha a atingir *também* Pedro. Podem ocorrer vários casos:

a) O agente mata Antônio e Pedro: na realidade, há um crime de homicídio doloso em relação a Antônio e um homicídio culposo em relação a Pedro. O agente responde por um crime de homicídio doloso (pena mais grave que a imposta ao homicídio culposo), aumentada a pena de um sexto até metade.

b) O agente mata Antônio e fere Pedro: há dois crimes, quais sejam, um homicídio doloso em relação a Antônio e uma lesão corporal culposa em relação a Pedro. Solução: responde por um crime de homicídio doloso (pena mais grave que a de lesão corporal culposa), aumentada a sanção privativa de liberdade de um sexto até metade.

c) O agente fere Antônio e Pedro: há dois crimes, quais sejam, uma tentativa de homicídio em relação a Antônio e uma lesão corporal culposa em relação a Pedro. Solução: responde por tentativa de homicídio, aumentada a pena de um sexto até metade.

d) O agente mata Pedro e fere Antônio: na realidade, há dois crimes — homicídio culposo contra Pedro e tentativa de homicídio contra Antônio.

Como o agente matou Pedro (vítima efetiva), é como se tivesse matado Antônio (vítima virtual). Então, ele responde por homicídio doloso. E como houve duplicidade de resultado, aplica-se a regra do concurso formal: pena do homicídio acrescida de um sexto até metade.

De todo o exposto, verifica-se que na *aberratio ictus*, com unidade ou duplicidade de resultado, no exemplo do agente que deseja matar Antônio, que se encontra ao lado de Pedro, podem ocorrer seis hipóteses:

1.^a) o agente fere Pedro: responde por tentativa de homicídio (art. 73, 1.^a parte);

2.^a) o agente mata Pedro: responde por crime de homicídio doloso consumado (art. 73, 1.^a parte);

3.^a) o agente mata Antônio e Pedro: responde por um crime de homicídio doloso consumado, aumentada a pena de um sexto até metade em face do concurso formal (art. 73, 2.^a parte);

4.^a) o agente mata Antônio e fere Pedro: responde por um crime de homicídio doloso consumado, com pena acrescida de um sexto até metade diante do concurso formal (art. 73, 2.^a parte);

5.^a) o agente fere Antônio e Pedro: responde por uma tentativa de homicídio (doloso), com o acréscimo na pena de um sexto até metade (art. 73, 2.^a parte);

6.^a) o agente fere Antônio e mata Pedro: responde por um crime de homicídio doloso consumado, com o acréscimo na pena de um sexto até metade (art. 73, 2.^a parte).

De observar que o art. 73, 2.^a parte, quando trata da duplicidade de resultado, manda aplicar o disposto no art. 70, que, em sua 2.^a parte, reza o seguinte: “As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos”. É possível que o agente (nos exemplos dados) tenha previsto (e aquiescido) a morte do terceiro (Pedro). Então, não há aplicação de uma pena com o acréscimo legal. Embora o concurso permaneça formal, aplica-se quanto à pena a regra do concurso material, *i. e.*, as penas devem ser somadas (aplicação cumulativa das penas — cúmulo material). Ocorre que, tendo previsto o resultado, aquiescendo à sua produção, não se pode falar em culpa em relação ao terceiro, mas sim em dolo eventual (ele assumiu o risco de produzir a morte do terceiro). Diante disso, deve responder por dois crimes. Vários casos podem acontecer:

1.^o) o agente mata Antônio e Pedro: responde por dois crimes dolosos de homicídio (dolo direto em relação a Antônio; dolo eventual em relação a Pedro);

2.º) o agente mata Antônio e fere Pedro: responde por um crime de homicídio doloso consumado (contra Antônio) e por uma tentativa de homicídio (contra Pedro);

3.º) o agente fere Antônio e Pedro: responde por duas tentativas de homicídio;

4.º) o agente fere Antônio e mata Pedro: responde por um crime de homicídio doloso consumado (contra Pedro) e por uma tentativa de homicídio (contra Antônio).

Em todos os casos as penas devem ser somadas.

É possível que o sujeito não tenha agido dolosa ou culposamente (*casus*) em relação à morte (ou lesão) do terceiro. Neste caso, o resultado produzido na vítima efetiva não pode ser imputado ao agente. Responde por homicídio ou tentativa de homicídio em relação à vítima virtual. Solução diversa levaria à responsabilidade penal objetiva.

Suponha-se que o agente, pretendendo matar Pedro, venha a atingir Antônio. Percebendo o erro, atira novamente contra a pessoa visada, atingindo-a. Pedro e Antônio morrem. Entendemos que existem unidade de ação e pluralidade de atos, pelo que deve ser aplicada a regra do concurso formal (art. 73, 2.ª parte).

E se o agente, errando sucessivamente em vários disparos, que matam várias pessoas, somente no último mata a pessoa visada, não desconhecendo, a cada disparo, que uma vítima é atingida?

Existem dezenas de acórdãos entendendo haver concurso formal na hipótese de o agente, em atos sucessivos, ofender mais de uma pessoa, a cada ato cientificando-se de seu erro, desde que não haja dolo eventual em relação às vítimas não visadas, mas atingidas⁹.

e) Resultado diverso do pretendido (“*aberratio criminis*”)

Aberratio criminis (ou *aberratio delicti*) significa desvio do crime. Enquanto na *aberratio ictus* existe erro de execução *a persona in personam*, na *aberratio criminis* há erro na execução do tipo *a persona in rem* ou *a re in personam*. No primeiro caso, o agente quer atingir uma pessoa e ofende outra (ou ambas). No segundo, quer atingir um bem jurídico e ofende outro (de espécie diversa). Tratando do caso, a Exposição de Motivos do CP de 1940 diz o seguinte: “Em seguida à *aberratio a persona in personam*, é prevista a

9. Veja sobre o assunto: James Tubenchlak, Teoria do conhecimento do erro, tese apresentada no III Congresso Fluminense do Ministério Público, *Revista do Ministério Público Fluminense*, 1:(2):101.

hipótese da *aberratio* em objetos jurídicos de espécies *diversas*. Tal é o caso figurado por Maggiore, de quem, querendo quebrar a janela alheia com uma pedrada, fere um transeunte, ou vice-versa. Aqui, a solução é a seguinte: se ocorre o resultado diverso do que foi querido pelo agente, responde este por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre igualmente o resultado querido pelo agente, aplica-se a regra do concurso formal (identificando-se na espécie um concurso formal de crime doloso e crime culposos)” (n. 28). As hipóteses encontram-se no art. 74: “Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código”.

Enquanto na *aberratio ictus*, se o agente quer ofender A e vem a atingir B, responde como se tivesse atingido o primeiro, na *aberratio criminis* a solução é diferente, pois o Código manda que o resultado diverso do pretendido seja punido a título de culpa. Podem ocorrer vários casos:

1.º) O agente quer atingir uma coisa e atinge uma pessoa. Responde pelo resultado produzido a título de culpa (homicídio ou lesão corporal culposos).

2.º) O agente pretende atingir uma pessoa e atinge uma coisa. Não responde por crime de dano culposos, uma vez que o Código não prevê a modalidade culposa. Pode responder por tentativa de homicídio ou tentativa de lesão corporal, conforme o elemento subjetivo.

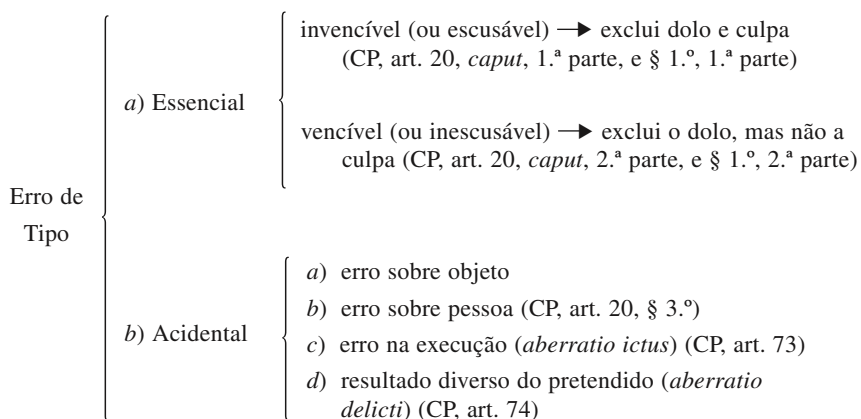
3.º) O agente quer atingir uma pessoa, vindo a atingir esta e uma coisa. Responde pelo resultado produzido na pessoa, não havendo crime de dano (não há dano culposos).

4.º) O agente quer atingir uma coisa, vindo a ofender esta e uma pessoa. Responde por dois crimes: dano (art. 163) e homicídio ou lesão corporal culposa em concurso formal (concurso entre crime doloso e culposos). Aplica-se a pena do crime mais grave com o acréscimo de um sexto até metade.

O Código, ao determinar que o agente responde pelo resultado diverso a título de culpa, não está criando um caso de responsabilidade penal objetiva. Não se pretende que o sujeito sempre responda pelo resultado diverso do pretendido a título de culpa. É possível que o resultado seja culposos, isto é, que o agente tenha agido culposamente em relação ao resultado diferente. Se não agiu com culpa, não responde por crime culposos.

No caso de duplicidade de resultado pode o sujeito ter agido com dolo direto em relação a um e com dolo eventual no tocante ao outro. Ex.: o agente atira numa pessoa, prevendo que poderá atingir e danificar um objeto. Em face de produção dos dois resultados, responderá por dois crimes: homicídio doloso e dano (dolo direto em relação à morte; dolo eventual em relação ao dano) em concurso material (art. 70, *caput*, 2.^a parte).

f) Esquema



Capítulo XXXI

DO CRIME CONSUMADO

1. CONCEITO

Determina o art. 14, I, do CP que o crime se diz consumado “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”.

Como se vê, o Código não se absteve de descrever expressamente o *crime consumado*, ao contrário do que pretendem alguns autores, segundo os quais o legislador deve apenas definir o crime tentado, deixando implícita a noção da consumação. Nélson Hungria dizia que não se trata de uma superfluidade, pois cumpre deixar estrema de dúvida que, para se considerar consumado o crime, não é necessário que o agente alcance tudo quanto se propusera ou que se aguarde implemento de condição a que esteja subordinada a punibilidade¹.

A noção da consumação expressa a total conformidade do fato praticado pelo agente com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora.

Determinar o momento consumativo do crime é operação que tem suma importância, pois reflete no termo *a quo* da prescrição e na competência territorial.

2. CRIME EXAURIDO

O crime consumado não se confunde com o *exaurido*. O *iter criminis* se encerra com a consumação. Essa afirmação, em regra, exclui que acontecimentos posteriores possam ter influência sobre a valorização do fato

1. Ob. cit., 5. ed., 1977, v. 1, t. 2, p. 73 e 74.

praticado. Assim, a corrupção passiva (art. 317) se consuma com a simples solicitação da vantagem indevida, mesmo que o *intraneus* não tenha a intenção de realizar a ação ou de abster-se de alguma prática. Se ele efetivamente recebe a vantagem, esse acontecimento posterior se situa na fase de exaurimento do crime, não tendo o condão de alterar a situação anterior.

3. A CONSUMAÇÃO NAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CRIMES

O momento consumativo varia segundo a natureza do crime.

Nos crimes materiais, de ação e resultado, o momento consumativo é o da produção deste. Assim, consuma-se o homicídio com a morte da vítima. No aborto, o momento consumativo ocorre com a morte do feto. No estelionato, com a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio.

Nos delitos culposos, a consumação ocorre com a produção do resultado naturalístico. Assim, no homicídio culposo, o momento consumativo é aquele em que se verifica a morte da vítima.

Nos crimes de mera conduta, em que o tipo não faz menção ao evento, a consumação se dá com a simples ação. Na violação de domicílio, p. ex., uma das formas de consumação é a simples entrada.

Nos crimes formais, a consumação ocorre com a simples atividade, independentemente da produção do resultado descrito no tipo. No delito do art. 154 (violação de segredo profissional), atinge-se o momento consumativo com a simples revelação do segredo, independentemente da efetiva produção de dano a outrem.

Os crimes permanentes apresentam uma característica particular: a consumação se protraí no tempo desde o instante em que se reúnem os seus elementos até que cesse o comportamento do agente. No cárcere privado (art. 148), p. ex., o momento consumativo (privação ou restrição da liberdade de locomoção da vítima) perdura até que o ofendido recupere a sua liberdade.

Quando se consumam os crimes omissivos?

Na opinião de José Frederico Marques, quer nos delitos de omissão propriamente dita, “quer nos comissivos por omissão, tem-se a infração por consumada no local e tempo ‘onde não se efetuou o que se devia efetuar’. Cometem-se, pois, delitos de omissão, ali ‘onde o autor, para cumprir o dever jurídico a ele imposto, devesse praticá-lo, e não onde se encontrasse no momento de seu comportamento inerte’”².

2. Ob. cit., p. 171.

Tratando-se de crime omissivo próprio, que se perfaz com o simples comportamento negativo (ou ação diversa), não se condicionando à produção de um resultado ulterior, o momento consumativo ocorre no instante da conduta. Todavia, nos delitos omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, em que a simples conduta negativa (ou ação diversa) não os perfaz, exigindo-se um evento naturalístico posterior, a consumação se verifica com a produção do resultado. Assim, o crime de homicídio, de descrição típica positiva (“matar alguém”), pode ser cometido através de omissão. É o exemplo da mãe que mata o filho de inanição. Neste caso, a consumação ocorre com a morte da vítima. Dessa forma, não nos parece que se verifique no momento em que a mãe “deixou de efetuar o que devia efetuar” (dever de alimentação do filho).

E nos crimes qualificados pelo resultado?

Entendemos que o momento consumativo ocorre no instante da produção do evento.

Nos termos do art. 13, *caput*, 1.^a parte, o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Assim, há crimes que condicionam sua existência à produção do evento. Se o crime é de “lesão corporal seguida de morte” (art. 129, § 3.^o), esta condiciona sua existência integral. Antes de sua ocorrência o crime não reúne “todos os elementos de sua definição legal” (art. 14, I).

Quando concorre uma circunstância qualificadora, que constitui um evento naturalístico, a consumação do crime se considera realizada no momento e no lugar de sua produção. Assim, p. ex., para a consumação do crime de “perigo de desastre ferroviário” (art. 260), em seu tipo simples, é necessário e suficiente que surja o perigo, enquanto o eventual desastre é qualificadora (§§ 1.^o e 2.^o). Neste caso, se ocorre o desastre, é o momento de sua verificação que assinala a consumação do delito agravado.

4. O “ITER CRIMINIS”

Iter criminis é o conjunto de fases pelas quais passa o delito. Compõe-se das seguintes etapas:

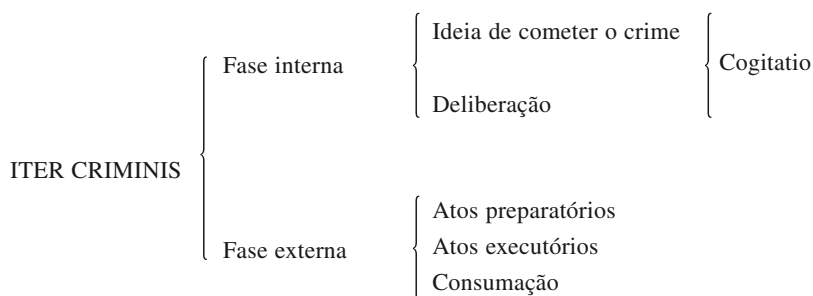
- a) cogitação;
- b) atos preparatórios;
- c) execução;
- d) consumação.

O agente, com intenção de matar a vítima (cogitação), adquire um revólver e se posta de emboscada à sua espera (atos preparatórios), atirando contra ela (execução) e lhe produzindo a morte (consumação).

A cogitação não constitui fato punível. Observava Magalhães Noronha que há casos em que já constitui delito “o desígnio ou propósito de vir a cometê-lo, como sucede com a conspiração, a incitação ao crime (art. 286), o bando ou quadrilha (art. 288) e ainda outros, em que há o propósito delituoso, ou a intenção revelada de vir a praticá-lo. A impaciência do legislador, então, antecipa-se e não espera que ele se verifique, punindo, em última análise, a intenção, o projeto criminoso”³. Todavia, a cogitação que não constitui fato punível é a que não se projeta no mundo exterior, que não ingressa no processo de execução do crime. Os casos apontados não são de simples *cogitatio*, mas de *voluntas sceleris* externada através de atos sensíveis. Na quadrilha ou bando, p. ex., o Código não pune cada um dos agentes por pensar em se reunir a três outras pessoas para o fim de cometimento de crimes, mas sim porque se associa para tal fim. Não se cuida de cogitação punível, mas sim de atos preparatórios de um crime que o legislador resolveu punir como atos executórios de outro.

Os atos preparatórios também não são puníveis, a não ser quando o legislador os define como atos executórios de outro delito autônomo. Nesses casos, o sujeito pratica crime não porque realizou *atos preparatórios* do crime que pretendia cometer no futuro, mas sim porque praticou *atos executórios* de outro delito. Ex.: aquele que, desejando cometer uma falsidade, fabrica aparelho próprio para isso, responde pelo crime do art. 291 do CP. É punido não porque realizou ato preparatório (a fabricação do instrumento) da falsidade futura, mas porque realizou a conduta descrita no dispositivo citado.

Para melhor compreensão das fases do *iter criminis*, pode ser traçado o seguinte quadro:



3. *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 133.

5. ATOS PREPARATÓRIOS E EXECUTÓRIOS: DISTINÇÃO

A diferença entre atos preparatórios e de execução, segundo a doutrina, baseia-se em dois critérios:

a) critério material: há ato executório quando a conduta do agente ataca o bem jurídico;

b) critério formal: existe ato de execução quando o comportamento do agente dá início à realização do tipo.

O critério material não satisfaz, pois o perigo ao bem jurídico também pode apresentar-se em face da realização dos atos preparatórios. Pode ser um elemento secundário, não exclusivo, para a solução do problema quando se apresenta um fato duvidoso. De acordo com o segundo critério, só há começo de execução quando o sujeito inicia a realização da conduta descrita no núcleo do tipo, que é o verbo. Esse sistema não está livre de crítica. Há casos em que, embora o autor ainda não tenha iniciado a realização de um comportamento que se adapte ao núcleo do tipo, não se pode deixar de reconhecer o início de atos executórios do crime e a existência da tentativa. Assim, suponha-se que o ladrão, em franca atividade, seja surpreendido no quintal da residência onde pretende penetrar e subtrair bens. Não se pode dizer que, estando no quintal, iniciou a realização de um ato que se encaixe no núcleo “subtrair”. Estar no quintal não significa “começar a subtrair”. Além disso, se se exige, para a existência da tentativa, que requer a prática de atos executórios, que a conduta se amolde ao núcleo do tipo, não haveria tentativa de crime de mera conduta, como a violação de domicílio. Quando o sujeito comesse a “entrar”, por exemplo, já teria consumado o delito. Em face disso, estamos hoje abandonando as teorias material e formal-objetiva e aceitando a objetiva-individual, defendida por Welzel e Zaffaroni⁴. Para ela, é necessário distinguir-se “começo de execução do crime” e “começo de execução da ação típica”. Se o sujeito realiza atos que se amoldam ao núcleo do tipo, certamente está executando a ação típica e o crime. Mas, como começo de execução da conduta típica não é o mesmo que começo de execução do crime, o conceito deste último deve ser mais amplo. Por isso, o começo de execução do crime abrange os atos que, de acordo com o plano do sujeito, são imediatamente anteriores ao início de execução da conduta típica⁵.

4. Welzel, *Derecho penal alemán*; parte general, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, 11. ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 264; Zaffaroni, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 683.

5. Posição literal de Zaffaroni e Pierangelli, ob. cit., p. 75.

Nosso CP, no art. 14, II, fala em início de execução do crime, não se referindo a início de execução da ação típica. Diante disso, é perfeitamente aceitável o entendimento de que também são atos executórios do crime aqueles imediatamente anteriores à conduta que se amolda ao verbo do tipo.

A distinção é importante, uma vez que só se cogita da tentativa a partir da realização de atos executórios do crime. Antes, havendo atos preparatórios, em regra, como vimos, a conduta é atípica.

Capítulo XXXII

DA TENTATIVA

1. CONCEITO

Tentativa é a execução iniciada de um crime, que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente¹. É conceito extraído do art. 14, II, do CP, ao determinar que o crime se diz tentado “quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

2. NATUREZA JURÍDICA

A tentativa (*conatus*) constitui ampliação temporal da figura típica. Trata-se de um dos casos de adequação típica de subordinação mediata (o outro está no concurso de agentes). A sua punibilidade se estabelece em face do disposto no art. 14, II, do CP, que tem eficácia extensiva, uma vez que por força dele é que se amplia a proibição contida nas normas penais incriminadoras a fatos que o agente não realiza de forma completa, pois apenas pratica atos dirigidos à realização perfeita do tipo. O art. 121, que descreve o homicídio, não define a tentativa. Para que o ato executório anterior à consumação seja punível, preciso é que a figura típica se estenda até ele através da norma de ampliação temporal prevista na Parte Geral do CP. Então, o comportamento humano recebe o atributo de fato típico por intermédio da adequação indireta, em face da incidência de duas normas: uma da Parte Geral e outra, de caráter incriminador, prevista na Parte Especial. A primeira, de natureza extensiva, cria novos mandamentos proibitivos, transformando em puníveis fatos que, de outra forma, não

1. Conceito de José Frederico Marques, ob. cit., p. 282.

cairiam sob a incidência da segunda. Assim, as duas normas ensejam a punição não somente de quem mata, mas também de quem tenta matar. Sem a norma de extensão a tentativa de homicídio seria fato atípico por força do princípio de reserva legal (CP, art. 1.º). Por isso, a tentativa não constitui crime autônomo: é a realização incompleta da figura típica.

3. ELEMENTOS

São elementos da tentativa:

- 1.º) início de execução do crime; e
- 2.º) não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O primeiro elemento está expresso no art. 14, II: diz-se o crime tentado quando, “iniciada a execução”, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada. Foi aceita a teoria objetiva, exigindo um início típico de execução. Assim, tendo em vista o homicídio, são atos preparatórios: a compra da arma, a busca do lugar adequado, o pacto com os comparsas, a procura do desafeto, a tocaia, o empolgar o punhal, o fazer pontaria com a arma de fogo; são atos de execução: o disparo do projétil, o colocar o veneno na alimentação da vítima, o brandir o punhal para atingir o desafeto². Somente estes constituem início de execução. Os atos preparatórios não incidem sob a norma de extensão.

O segundo elemento da tentativa é a não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente. Não obstante a vontade inicial do sujeito em realizar o crime, o *iter* pode ser interrompido por dois motivos:

- 1.º) pela sua própria vontade;
- 2.º) pela interferência de circunstâncias alheias a ela.

No primeiro caso, há desistência voluntária ou arrependimento eficaz (art. 15), cujos efeitos jurídicos serão abordados na ocasião própria. No segundo, existe tentativa punível.

As circunstâncias estranhas ao elemento subjetivo do agente podem atuar de forma diversa. Podem obstar o autor de prosseguir na realização

2. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 5, p. 68 e 69.

da conduta atuando “em certo sentido psicofísico, deixando incompleto o fato não somente objetiva, mas também subjetivamente”, ou impedem seja completado o tipo por serem absolutamente alheias à sua vontade, não obstante tenha realizado “todo o necessário” para a produção do resultado³.

Na primeira hipótese, os atos de execução, embora iniciados, ficaram incompletos; na segunda, a fase de execução ocorreu normalmente, mas o resultado não se verificou.

Não é necessário que o *iter* seja interrompido no instante imediatamente anterior à consumação. Basta a interrupção durante a realização de atos executórios.

4. FORMAS DE TENTATIVA: PERFEITA E IMPERFEITA

Quando o processo executório é interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente, fala-se em *tentativa imperfeita* ou tentativa propriamente dita. Quando a fase de execução é integralmente realizada pelo agente, mas o resultado não se verifica por circunstâncias alheias à sua vontade, diz-se que há *tentativa perfeita* ou crime falho. Nesta, o crime é subjetivamente consumado em relação ao agente que o comete, mas não o é objetivamente em relação ao objeto ou pessoa contra o qual se dirigia. A circunstância impeditiva da produção do resultado é eventual no que se refere ao agente, ou, como dizia Asúa, o resultado não se verifica por mero acidente⁴. Assim, na tentativa perfeita o agente realiza tudo o que acha necessário para produzir o resultado, mas ele não ocorre. P. ex., desfecha todos os projéteis de seu revólver na vítima que, atingida, é levada a um hospital, onde uma intervenção cirúrgica a salva. Na tentativa imperfeita, ao contrário, o agente não exaure toda a sua potencialidade lesiva, *i. e.*, não chega a praticar todos os atos de execução necessários à produção do resultado, por circunstâncias alheias à sua vontade. Ex.: após ferir levemente a vítima com um punhal, o agente o brande para desferir o golpe mortal, quando alguém lhe toma a arma. Ele não chegou a realizar todos os atos necessários à produção do evento morte por circunstância alheia à sua vontade (interferência de terceiro).

Nossa lei não faz diferença entre tentativa perfeita (crime falho) e imperfeita, pelo que recebem igual tratamento penal no que tange à aplicação da pena em abstrato (art. 14, parágrafo único). Todavia, quando da imposição da sanção em concreto, o juiz deve levar em conta a existência de uma das espécies (art. 59, *caput*). Além disso, a distinção entre tentativa perfeita (crime falho, delito frustrado) e imperfeita oferece relevância no tema da desistência voluntária e arrependimento eficaz.

3. Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 2, p. 216.

4. *La ley y el delito*, 11. ed., Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1980, p. 483.

5. ELEMENTO SUBJETIVO

Para o Código de 1830, a tentativa manifestava-se por atos exteriores e princípios de execução, não se consumando o crime por circunstâncias independentes da vontade do delinquente (art. 2.º, § 2.º).

O art. 13 do CP de 1890 tinha a seguinte proposição legal: “Haverá tentativa de crime sempre que, *com intenção de cometê-lo*, executar alguém atos exteriores que, pela sua relação direta com o fato punível, constituam começo de execução, e esta não tiver lugar por circunstâncias independentes da vontade do criminoso” [grifo nosso].

O Código vigente não repetiu a expressão. Todavia, de forma implícita, o texto do art. 14, II, demonstra que é a vontade do agente que fornece o elemento subjetivo final para a configuração da tentativa, pois é ela que especifica a figura típica a que se encontram ligados os atos executórios. Como ensinava Basileu Garcia, quando se fala em circunstâncias alheias à vontade do agente, referindo-se, portanto, à sua vontade, está-se fazendo alusão bastante clara à necessidade, para que haja tentativa, de que o agente queira consumir o crime. Deve agir dolosamente. Deve proceder com vontade consciente, para que responda pelo *conatus*. É preciso que o delinquente tenha a intenção de produzir um resultado mais grave do que aquele que realmente vem a conseguir⁵. Assim, a tentativa, que constitui figura típica de ampliação temporal, possui um elemento subjetivo: o dolo.

A tentativa não possui um dolo próprio, especial, *i. e.*, diferente daquele que informa o elemento subjetivo do crime consumado. O dolo da tentativa é o mesmo do crime consumado. Aquele que furta age com o mesmo dolo daquele que tenta furtar.

O dolo pode ser direto ou eventual. O crime pode ser de ímpeto ou refletido.

O crime culposos admite tentativa?

Há crime culposos quando o agente dá causa ao resultado por intermédio de uma conduta em que manifesta imprudência, negligência ou imperícia (CP, art. 18, II). Tem-se em vista o evento, que o sujeito não quis nem assumiu o risco de sua produção, mas que ocorreu porque, sendo previsível, devia tê-lo previsto. Na tentativa, o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado, mas este não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade. Assim, no crime culposos há evento sem intenção de provocá-lo; na tentativa, intenção sem resultado. Daí ser impossível tentativa de crime culposos.

A doutrina ensina que há uma classe de crimes culposos que admitem o *conatus*. São os de culpa imprópria, por extensão, equiparação ou assimi-

5. Ob. cit., 5. ed., 1980, p. 258.

lação, em que o resultado é querido, mas o sujeito incide em erro de tipo inescusável. Tome-se o seguinte exemplo: supondo que o guarda-noturno que entra em seu quintal é o ladrão que continuamente vem-lhe subtraindo bens, o agente apanha uma arma de fogo e, sem maior atenção ou indagação (erro vencível, inescusável, censurável), dispara vários projéteis contra ele, na suposta defesa de sua propriedade, errando o alvo. Apresenta-se, diz a doutrina, uma tentativa de homicídio culposo⁶. Hoje entendemos, entretanto, que não há exceção ao princípio de que o delito culposo não admite a figura tentada. Na hipótese da chamada culpa imprópria, na verdade pode haver tentativa de um crime doloso a que se aplica a pena da tentativa de um delito culposo. No exemplo dado, embora o sujeito tenha cometido tentativa de homicídio, a pena a ser aplicada é a do homicídio culposo tentado.

É admissível tentativa de crime preterdoloso ou preterintencional?

É incompreensível a tentativa de crime preterdoloso, uma vez que neste o resultado vai além do que o agente desejou e naquela ele não atinge o evento pretendido. Sendo o resultado agravado punido a título de culpa, excluída fica a hipótese de crime tentado. Assim, não admitem a forma tentada os crimes qualificados pelo resultado em que este é punido a título de culpa. Admitem a figura tentada, entretanto, os delitos qualificados pelo resultado em que este é punido a título de dolo.

6. INFRAÇÕES QUE NÃO ADMITEM A TENTATIVA

Não admitem a figura da tentativa:

- a) Os crimes culposos.
- b) Os crimes preterdolosos ou preterintencionais, pois o evento de maior gravidade objetiva, não querido pelo agente, é punido a título de culpa.
- c) As contravenções (LCP, art. 4.º).
- d) Os crimes omissivos próprios: ou o indivíduo deixa de realizar a conduta, e o delito se consuma, ou a realiza, e não se pode falar em crime.

6. Diz a Exposição de Motivos do CP de 1940: “O projeto repele em princípio a ideia de tentativa de *crime culposo*, pois neste a vontade não é dirigida ao evento, nem o agente assume o risco de produzi-lo. Cita-se, habitualmente, o exemplo formulado por Frank, relativamente à legítima defesa putativa culposa ou por erro inescusável, para demonstrar a possibilidade de tentativa de crime culposo. Mas, em tal caso excepcionalíssimo, não há falta de vontade em relação ao evento, e nada impede, em face da fórmula do projeto, que se reconheça a tentativa, quando o agente não consegue realizar o evento que, culposamente ou por erro vencível, julgara legítimo” (n. 11).

Ex.: omissão de socorro (CP, art. 135). Os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão admitem tentativa.

e) Os crimes unissubsistentes (materiais, formais ou de mera conduta), que se realizam por único ato. Ex.: injúria verbal. Os crimes plurissubsistentes admitem o *conatus*.

f) Os crimes que a lei pune somente quando ocorre o resultado, como a participação em suicídio (CP, art. 122).

g) Os crimes habituais, que não possuem um *iter*, como o descrito no art. 230.

h) Os crimes permanentes de forma exclusivamente omissiva. Ex.: cárcere privado praticado por quem não liberta aquele que está em seu poder. O crime permanente que possui uma fase inicial comissiva admite tentativa.

i) Os crimes de atentado, pois é inconcebível tentativa de tentativa. Exs.: “Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito” (Lei de Segurança Nacional, Lei n. 7.170, de 14-12-1983, art. 17, *caput*); crimes definidos no art. 3.º da Lei n. 4.898, de 9-12-1965 (crimes de abuso de autoridade) etc.

No crime continuado, só é admissível a tentativa dos crimes que o compõem. O todo, crime continuado, não a admite.

No crime complexo, a tentativa ocorre com o começo de execução do delito que *inicia* a formação da figura típica ou com a realização de um dos crimes que o integram⁷.

7. APLICAÇÃO DA PENA

A punição da tentativa é preconizada por duas teorias:

a) Teoria subjetiva

Vê na manifestação da vontade do agente, que é perfeita, a razão da punibilidade da tentativa. Imperfeito é o crime sob seu aspecto objetivo, pois não chega a consumir-se. Em face disso, a pena do *conatus* deve ser a

7. Ensina Vannini: em tais casos “é suficiente o princípio de execução do crime que inicia a formação do delito complexo”. Se o delito inicial já estiver consumado, existirá “a maggior regione, il tentativo dell’intero reato complesso” (ob. cit., p. 147). Observa Ranieri que “a tentativa pode ter por objeto o crime isolado, que se coloca ou como antecedente ou como concomitante ou como subsequente a outro delito isolado, com o qual forma, segundo um determinado tipo criminal, um único crime complexo... E, na verdade, o delito complexo, sendo único, é incompleto ou imperfeito, ainda que se tenha consumado um dos delitos que o compõem” (*Il reato complesso*, 1940, p. 189 e 191).

mesma do delito consumado. Assim, aquele que pratica uma tentativa branca de homicídio (que não produz ferimentos) deve ter a mesma sanção do homicídio consumado.

b) Teoria objetiva

Para os seus partidários, o fundamento da punibilidade da tentativa reside no perigo a que é exposto o bem jurídico. Não se tendo realizado o dano almejado pelo agente, o fato por ele cometido deve ser apenado menos severamente.

O nosso Código adotou a doutrina objetiva. É o que se contém no art. 14, parágrafo único: pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços⁸. A diminuição de um a dois terços não decorre da culpabilidade do agente (CP, art. 59, *caput*), mas da própria gravidade do fato constitutivo da tentativa. Quanto mais o sujeito se aproxima da consumação menor deve ser a diminuição da pena (um terço); quanto menos ele se aproxima da consumação, maior deve ser a atenuação (dois terços).

O Direito moderno orienta-se no sentido de punir a tentativa com a mesma pena do crime consumado, *podendo* o juiz diminuí-la conforme as circunstâncias. Assim é que no Direito alemão a tentativa *pode* ser apenada mais suavemente que o delito consumado (CP, § 23, II).

Entre nós, Costa e Silva dizia que a tentativa deveria ser punida mais levemente do que o crime consumado, deixando, porém, ao juiz a faculdade de, em casos excepcionais, de suma gravidade, impor a mesma pena do crime consumado⁹.

Que significa a expressão “salvo disposição em contrário” do parágrafo único do art. 14 do CP?

Significa que há casos em que a tentativa é punida com a mesma pena do crime consumado, sem a diminuição legal. Ex.: art. 352 do CP (“evadir-

8. Diz a Exposição de Motivos do CP de 1940: “Dentro do seu critério dúplice, de medir a responsabilidade do ponto de vista da quantidade do crime e da temibilidade do agente, o projeto dispõe, divergindo da *teoria subjetiva*, que a pena da tentativa é inferior (de um a dois terços) à do crime consumado. Atendeu-se à tradição do nosso Direito e ao sentimento popular, que não consente sejam colocados em pé de igualdade o crime *perfeito* e o *imperfeito*. Além disso, para justificar a disparidade de tratamento, há uma razão de ordem prática: se se comina a mesma pena em ambos os casos, o agente não teria interesse algum em deixar de insistir, antes de ser descoberto, no seu frustrado objetivo criminoso” (n. 12).

9. *Comentários ao Código Penal*, 2. ed., Contasa, 1967, p. 72.

-se ou tentar evadir-se”); art. 309 da Lei n. 4.737, de 15-7-1965 (“votar, ou tentar votar, mais de uma vez, ou em lugar de outrem”); art. 11 da Lei de Segurança Nacional (“tentar desmembrar parte do território nacional”) etc.

8. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ. TENTATIVA QUALIFICADA

Só há tentativa quando, tendo o agente iniciado a execução do tipo, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade (art. 14, II). Se o sujeito interrompe a execução do tipo ou, se já exaurida a atividade executiva, evita a produção do resultado, inexistente crime tentado. Assim preceitua o art. 15 do CP, *in verbis*: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos praticados”. É o que se denomina *tentativa abandonada*. Ao contrário, se a desistência ou o arrependimento forem involuntários, haverá tentativa.

Qual a natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz?

Para Nélson Hungria, “trata-se de *causas de extinção de punibilidade* (embora não catalogadas no art. 107), ou seja, circunstâncias que, sobrevindo à tentativa de um crime, anulam a punibilidade do fato a esse título. Há uma renúncia do Estado ao *jus puniendi* (no tocante à entidade ‘crime tentado’), inspirada por motivos de oportunidade”¹⁰. Era seguido por Magalhães Noronha e Aníbal Bruno.

Na verdade, a desistência voluntária e o arrependimento ativo são causas de exclusão da adequação típica. A tentativa constitui um dos casos de adequação típica de subordinação indireta. Através da norma de extensão que a descreve, iniciada a execução do crime, e não se consumando por circunstâncias alheias à vontade do agente, os atos por ele cometidos tornam-se típicos. Assim, quando o crime não atinge o momento consumativo por força da vontade do agente, não incide a norma de extensão e, em consequência, os atos praticados não são típicos em face do delito que pretendia cometer. Se a tentativa é a execução iniciada de um crime que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, é evidente que não há *conatus* quando o delito não atinge o seu momento consumativo em face da própria vontade do sujeito. Note-se que na tentativa a descrição do crime contida na norma penal incriminadora sofre uma ampliação, abrangendo um elemento subjetivo. Tratando-se de tentativa de homicídio, p. ex., é como

10. Ob. cit., 1977, v. 1, t. 2, p. 93.

se a norma incriminadora ampliada descrevesse o seguinte fato: “iniciar a execução de um crime de homicídio, não ocorrendo a morte por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Trata-se de uma figura em que a não ocorrência do evento em face de circunstâncias externas à vontade do agente faz parte do tipo. Assim, quando há desistência voluntária ou arrependimento ativo, inexistindo a elementar, o fato é atípico diante do preceito que define o *conatus*. Neste ponto, a disposição do art. 15 é supérflua, pois a atipicidade resulta da própria aplicação do art. 14, II¹¹.

Então, o arrependimento eficaz e a desistência voluntária não são causas de extinção da punibilidade, mas causas de exclusão da adequação típica ampliada. Por outro lado, a punibilidade é a possibilidade jurídica de imposição da *sanctio juris* em face da prática de um crime (ou de uma tentativa). Ora, não há falar que aquelas causas extinguem a possibilidade de aplicação da pena, pois a “extinção da punibilidade” pressupõe a causa da punibilidade (no caso, o *conatus*) com todos os seus elementos. Se a punibilidade é consequência da existência da tentativa, quando esta não existe, não se pode falar em extinção daquela. É a lição de José Frederico Marques, *in verbis*: “Se do próprio conteúdo dessa forma que possibilita a adequação típica indireta tira-se a ilação de que a tentativa só existirá se a não consumação não ocorrer por motivos alheios à vontade do agente, é mais que evidente que não há adequação típica quando a não consumação decorre de ato voluntário do autor dos atos executivos do delito”. “Isto significa que o arrependimento e a desistência tornam atípica a conduta do agente”¹².

O art. 15 faz referência à desistência voluntária em sua primeira parte: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução”. Cuida do arrependimento eficaz na segunda, quando reza: “ou impede que o resultado se produza”.

A desistência voluntária consiste numa abstenção de atividade: o sujeito cessa o seu comportamento delituoso. Ex.: o ladrão, dentro da residência da vítima e prestes a subtrair-lhe valores, desiste de consumir o furto e se retira¹³. Assim, só ocorre antes de o agente esgotar o processo executivo,

11. No II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em Brasília, de 8 a 14 de outubro de 1967, Eduardo Ribeiro de Oliveira apresentou a tese *Tentativa — Desistência voluntária e arrependimento eficaz*, chegando a conclusão idêntica.

12. Ob. cit., p. 298.

13. Magalhães Noronha lembrava que temos exemplo de desistência voluntária em *D. Casmurro*, de Machado de Assis, “quando Bentinho deposita veneno na xícara de café que o menino Ezequiel (filho adulterino de Capitu, sua mulher) vai tomar, e quando ele está prestes a deitar o líquido pela goela abaixo da criança, detém-se, abandonando a empresa” (ob. cit., p. 161).

sendo somente cabível na tentativa imperfeita ou inacabada. É impossível na tentativa perfeita, uma vez que nela o sujeito esgota os atos de execução. Pode acontecer nos crimes materiais ou formais, porém não nos de mera conduta, pois, nestes, o início de execução já constitui consumação.

O arrependimento eficaz tem lugar quando o agente, tendo já ultimado o processo de execução do crime, desenvolve nova atividade impedindo a produção do resultado. Enquanto a desistência voluntária tem caráter negativo, consistindo em o agente não continuar a atividade inicialmente visada, o arrependimento ativo tem natureza positiva: exige o desenvolvimento de nova atividade. Ex.: após ministrar veneno na alimentação da vítima, o agente se arrepende, dando-lhe um antídoto que a salva. No caso, depois de praticar ato idôneo à produção do evento morte, o sujeito impede a consumação do homicídio, desenvolvendo nova atividade (aplicação do antídoto). Essa é a regra, pois nos crimes comissivos por omissão a desistência se concretiza através de conduta positiva, que é o comportamento que havia sido omitido. Ex.: a mãe suspende a amamentação do filho a fim de causar sua morte. Desiste da consumação e alimenta a criança. Não se trata de arrependimento ativo, mas de desistência voluntária. Como vimos, na desistência voluntária o agente não esgota todo o processo executivo do delito. No caso, antes da amamentação, a mãe não havia empregado todos os meios a seu alcance para produzir a morte do filho. E só há arrependimento ativo quando o agente *esgota* os meios de execução (tentativa perfeita). Assim, o arrependimento ativo verifica-se quando o agente ultimou a fase executiva do delito e, desejando evitar a produção do evento, atua para impedi-lo. Em consequência, só é possível na tentativa perfeita ou crime falho e nos delitos materiais ou causais.

Nos dois casos, o sujeito não responde por tentativa, uma vez que a norma penal considera atípico o processo executivo em relação ao crime que pretendia inicialmente praticar. A atipicidade fundamenta-se em razões de política criminal. Há o interesse social de criar uma *ponte de ouro* para o agente que abandona o seu propósito delitivo.

Segundo se depreende do art. 15, tanto a desistência quanto a resipiscência precisam ser voluntárias para a produção de efeitos jurídicos. Não se exige que o abandono da empreitada criminosa seja espontâneo, bastando a voluntariedade. Isso significa que a renúncia pode não ser espontânea, mas mesmo assim aproveita ao agente. Suponha-se que o sujeito, já na residência da vítima para praticar furto, embora possa prosseguir na execução, desista da consumação em face de violenta dor causada por infecção dentária. A desistência não é espontânea; sendo voluntária, aproveita. Por outro lado, não importa a natureza do motivo: pode desistir ou arrepender-se por medo, piedade, receio de ser descoberto, decepção com a vantagem do

crime, remorso, repugnância pela conduta, ou por qualquer outra razão. O importante é que sua conduta seja voluntária, não determinada por circunstância alheia à sua vontade. Dessa forma, se o sujeito só desiste de seu intento de cometer o crime diante do perigo de ser preso em flagrante, ao perceber que seus movimentos são atentamente seguidos por outrem, não há falar em desistência voluntária. De acordo com a lição de Frank, a desistência é *voluntária* quando o agente pode dizer: “não quero prosseguir, embora pudesse fazê-lo”, e é *involuntária* quando tem de dizer: “não posso prosseguir, ainda que o quisesse”¹⁴. Para dirimir dúvidas, ensina Antolisei que a voluntariedade pressupõe a possibilidade de eleição entre duas condutas e que referida possibilidade está ausente não só quando uma delas é impossível, como no caso de abandono da conduta delitiva em face de enérgica resistência da vítima, como também quando o comportamento diverso apresenta desvantagens ou riscos que não poderia ser escolhido por nenhuma pessoa razoável¹⁵.

Não há desistência voluntária quando o agente apenas suspende a execução do crime e continua a praticá-lo posteriormente, aproveitando-se dos atos já cometidos. No caso, não há desistência de propósito. Todavia, para que não ocorra a causa de exclusão da adequação típica é imprescindível que ele renove ou se aproveite dos atos já executados. Enquanto está na simples fase de “adiamento” da empresa criminosa, há desistência voluntária.

E se é apenas erroneamente suposto o obstáculo que faz com que o sujeito desista de continuar a cometer o delito? Ex.: um animal provoca barulho ao esbarrar numa porta. Supondo o agente que é a vítima que vem surpreendê-lo, põe-se em fuga, desistindo da prática do furto. Há tentativa, uma vez que a desistência é *involuntária*.

Questão interessante é saber se responde por tentativa de homicídio o agente que, dispondo de vários projéteis no tambor de seu revólver, faz apenas um disparo contra a vítima, cessando a atividade, embora podendo continuar a atirar. É o problema da não repetição dos atos de execução.

Entendemos que há desistência voluntária. Somente quando o agente é impedido, ou quando interferem circunstâncias outras independentes de sua vontade, fortuitas ou não, fazendo-o suspender a prática dos atos executivos, é que existe tentativa, uma vez que o comportamento que a constitui exterioriza a irrevogabilidade de sua intenção criminosa, criando e mantendo um estado de perigo ao bem penalmente tutelado. O agente que,

14. Apud Nélson Hungria, ob. cit., p. 96.

15. Ob. cit., p. 363.

dispondo de mais projéteis, dispara um só contra a vítima, desistindo de repetir os atos de execução do crime de homicídio, dá prova evidente de que assim procede *voluntariamente*. Ele não se valeu de todos os meios de que dispunha. Aquele que dispunha de um só projétil não efetuou outros disparos porque não podia proceder de outra forma, e é mera suposição dizer que, em caso de dispor de outros, não repetiria os atos executivos do homicídio.

Para tornar atípicos os atos executivos que iriam realizar a tentativa o arrependimento precisa ser *eficaz*. Assim, se o agente ministra antídoto à vítima que antes envenenara, e não consegue salvá-la, responde por homicídio. É o ensinamento de Vannini, que se aplica ao nosso Código: “Se, portanto, o arrependimento operoso do réu se tornou ineficaz, no sentido de que, malgrado toda boa vontade, o resultado se verificou, não poderia tal arrependimento favorecer ao culpado, senão para os efeitos do art. 133 do CP (aplicação da pena)”¹⁶.

Diz a última parte do art. 15 que, não obstante a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, o agente responde pelos atos já praticados. Desta forma, retiram a tipicidade dos atos somente com referência ao crime cuja execução o agente iniciou. É o que se denomina *tentativa qualificada*. É evidente que só responde pelos atos praticados quando relevantes para o Direito Penal. Assim, se o ladrão, dentro da casa da vítima, desiste de consumir o furto, responde por violação de domicílio (CP, art. 150). Se desiste de consumir o homicídio, responde por lesão corporal (art. 129) se antes ferira a vítima.

Qual a natureza jurídica da impropriamente denominada tentativa qualificada?

Para alguns, a questão se resolve em face do concurso formal de crimes. Com uma só conduta o sujeito em princípio infringe duas normas incriminadoras: a correspondente à tentativa do delito que desejava consumir e da qual desistiu e a referente aos atos cumpridos. Desaparecendo a tentativa, subsiste o delito anterior¹⁷.

Entendemos, porém, que o problema deve ser resolvido pelo princípio da consunção. Se a norma consuntiva (a que define a tentativa) não tem aplicação por força da desistência ou do arrependimento, a lei inicialmente consumida (a que descreve os atos anteriores) readquire sua autonomia. Não é possível declarar impune o autor de um comportamento delituoso só porque pretendia cometer outro de maior gravidade¹⁸.

16. Ob. cit., p. 118.

17. Mezger, *Tratado de direito penal*, v. 4, t. 2, p. 264.

18. Orestes Araújo, *La tentativa*, Montevideo, 1958, p. 393 e 394.

As causas de exclusão de adequação típica previstas no art. 15 comunicam-se em caso de concurso de agentes?

Soler ensinava que o efeito da desistência voluntária e do arrependimento ativo é de caráter estritamente pessoal. “La responsabilidad de los terceros partícipes en el hecho permanece en toda su plenitud”¹⁹.

Não nos parece correta essa opinião, pois as duas causas excluem a tipicidade dos atos executivos iniciados. Ora, se os atos tornam-se atípicos, por eles não podem responder os partícipes.

19. Ob. cit., v. 2, p. 236.

Capítulo XXXIII

DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR

1. CONCEITO

Nos termos do art. 16 do CP, “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

2. REQUISITOS

Para que haja a redução da pena é necessário que:

1.º) O delito tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

A violência pode ser:

a) física: emprego de força bruta;

b) moral: emprego de grave ameaça.

A violência contra a coisa não exclui o privilégio.

A violência física às vezes se encontra expressa na incriminação, como no constrangimento ilegal, no roubo, no estupro etc.; outras vezes está implícita, como no homicídio, na lesão corporal etc.

2.º) O sujeito tenha reparado o dano físico ou moral emergente do crime ou restituído o objeto material.

A reparação deve ser integral, como também a restituição. Assim, se o dano monta em determinada importância, só a reparação integral desse valor perfaz a exigência legal. Da mesma forma, se diversos são os objetos materiais, a restituição de um deles é insuficiente. Nada impede, entretan-

to, que se admita o benefício quando a vítima, embora não totalmente reparado o dano, dê-se por satisfeita.

Trata-se de restituição por parte do sujeito ativo do delito. De modo que a simples apreensão do bem pela autoridade policial não satisfaz a condição legal.

3.º) A reparação do dano ou a restituição do bem constituam atos voluntários do agente.

Não se exige espontaneidade; o arrependimento posterior pode ocorrer em face de sugestão ou conselho de terceiro. Mesmo assim, consistindo em ato de vontade do sujeito, aproveita. Exclui-se a reparação ou a restituição por parte de terceiro.

Tratando-se de circunstância objetiva, é comunicável no caso do concurso de agentes.

4.º) A reparação ou a restituição deve ocorrer até a data do recebimento da denúncia ou da queixa.

3. APLICAÇÃO

Atendidos os pressupostos do art. 16 do CP, a causa de redução da pena é aplicável aos crimes:

- a) dolosos e culposos;
- b) tentados e consumados; e
- c) simples, privilegiados e qualificados.

4. NATUREZA JURÍDICA

Trata-se de causa obrigatória de diminuição da pena. Observa-se que enquanto em outras disposições o CP emprega a expressão “pode” (exs.: arts. 26, parágrafo único, e 28, § 2.º), no art. 16 é imperativo: “a pena será reduzida”. A redução se faz em termos de um a dois terços. O *quantum* da diminuição deve ser investigado na própria conduta posterior do sujeito, como a pronta reparação ou restituição, demonstração de sinceridade etc.

5. RELEVÂNCIA DA REPARAÇÃO DO DANO

Além de consistir em causa obrigatória de redução da pena, a reparação do dano funciona em outros institutos e hipóteses penais.

Nos termos do art. 312, § 3.º, do CP, no caso do peculato culposo, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta. De modo que, reparado o dano antes da sentença final e extinta a punibilidade, fica prejudicado o disposto no art. 16 do estatuto penal.

A reparação do dano posterior ao recebimento da denúncia ou da queixa constitui circunstância atenuante genérica (CP, art. 65, II, *b*). Efetuada até essa data, aplica-se o art. 16, prejudicada a atenuante genérica.

Reparado o dano, o sujeito pode obter *sursis* especial (CP, art. 78, § 2.º).

A ausência de reparação do dano configura causa obrigatória de revogação do *sursis* (art. 81, II).

Uma das condições da concessão do livramento condicional é a reparação do dano (art. 83, IV).

Consiste em efeito da condenação (art. 91, I).

Condiciona a reabilitação (art. 94, III).

Capítulo XXXIV

DO CRIME IMPOSSÍVEL

1. CONCEITO E CASOS

É também chamado quase crime, tentativa inidônea ou inadequada. Tem disciplina jurídica contida no art. 17 do CP: “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Em determinados casos, após a prática do fato, verifica-se que o agente nunca poderia consumar o crime, quer pela ineficácia absoluta do meio empregado, quer pela absoluta impropriedade do objeto material (pessoa ou coisa sobre que recai a conduta). Assim, há dois casos de crime impossível:

- 1.º) delito impossível por ineficácia absoluta do meio;
- 2.º) delito impossível por impropriedade absoluta do objeto.

Dá-se o primeiro quando o meio empregado pelo agente, pela sua própria natureza, é absolutamente incapaz de produzir o evento. Ex.: o agente, pretendendo matar a vítima mediante propinação de veneno, ministra açúcar em sua alimentação, supondo-o arsênico. Outro exemplo: com o mesmo intuito, aciona o gatilho do revólver, mas a arma está descarregada.

Dá-se o segundo caso quando inexistente o objeto material sobre o qual deveria recair a conduta, ou quando, pela sua situação ou condição, torna impossível a produção do resultado visado pelo agente. Ex.: A, pensando que seu desafeto está a dormir, desfere punhaladas, vindo a provar-se que já estava morto; A, supondo que seu inimigo está no leito, dispara tiros de revólver, quando o mesmo ainda não se recolhera; a mulher, supondo-se em estado de gravidez, pratica manobras abortivas; o agente, supondo de outrem um objeto, tira o próprio.

Nos dois casos não há tentativa por ausência de tipicidade.

O crime impossível por impropriedade absoluta do objeto é espécie do delito putativo, filiando-se à figura do crime putativo por erro de tipo. Na figura que estamos analisando, a impropriedade do objeto e a ineficácia do meio empregado não são do conhecimento do agente: se inexistisse o erro, não haveria o quase crime. A conduta inidônea, ensinava Soler, empreendida com o conhecimento de sua inidoneidade, não pode deixar de ser uma ação penalmente irrelevante, já que quem assim procede não tem a intenção de praticar um crime. Aquele que sabe que açúcar não envenena, e o ministra à vítima, não está tentando cometer um homicídio. No crime impossível, o erro incide sobre o modo de agir ou sobre a finalidade da conduta¹.

Para que ocorra o crime impossível, é preciso que a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto sejam *absolutas*. Se forem *relativas*, haverá tentativa.

Há ineficácia relativa do meio quando, não obstante eficaz à produção do resultado, este não ocorre por circunstâncias acidentais. É o caso do agente que pretende desfechar um tiro de revólver contra a vítima, mas a arma nega fogo.

Há impropriedade relativa do objeto quando: *a)* uma condição *acidental* do próprio objeto material *neutraliza* a eficiência do meio usado pelo agente; *b)* presente o objeto na fase inicial da conduta, vem a ausentar-se no instante do ataque. Ex.: a cigarreira da vítima desvia o projétil; o agente dispara tiros de revólver no leito da vítima, que dele saíra segundos antes.

2. TEORIAS

Existem várias teorias a respeito do quase crime.

Teoria sintomática: o critério decisivo é a periculosidade do agente. É preciso que a conduta seja indício de sua temibilidade criminal.

Teoria subjetiva: o fator que decide a questão é a intenção do delinquente, pois existe inidoneidade em qualquer tentativa, uma vez que o agente não produz o evento. Assim, o autor de um crime impossível deve sofrer a mesma pena cominada à tentativa.

É evidente que esta teoria não pode ser aceita, pois confunde a tentativa com a consumação do delito.

1. *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 2, p. 220.

Teoria objetiva: ensina que a imputação de um fato possui elementos objetivo e subjetivo, e sem a concorrência do primeiro não há falar em tentativa. O elemento objetivo é o perigo para os bens penalmente tutelados. É um perigo que deve ser objetivo e real, advindo desta circunstância o conceito de *inidoneidade*. Se a conduta não possui idoneidade para lesar o bem jurídico, não constitui tentativa.

Esta teoria se divide em duas:

a) *Teoria objetiva pura:* não há tentativa em qualquer caso, seja a *inidoneidade absoluta*, seja *relativa*. A tentativa é uma parte do delito consumado e, assim, não se pode apresentar no caso de a conduta ser incapaz, desde o início, de conduzir à finalidade da consumação. Seja absoluta, seja relativa a *inidoneidade*, inexistente objeto jurídico em perigo de lesão, não havendo conduta punível.

b) *Teoria objetiva temperada:* exige sejam *absolutamente* *inidôneos* o meio empregado pelo agente e o objeto sobre o qual a conduta recai. Em caso de *inidoneidade relativa*, há tentativa. É a teoria abraçada pelo legislador penal brasileiro.

Os partidários da teoria subjetiva, combatendo a objetiva temperada, apresentam determinados casos, afirmando que o critério da *inidoneidade absoluta* de meios não os resolve: sal de cozinha ministrado a quem antes ingerira protocloreto de mercúrio (calomelano); açúcar ao que sofre de diabetes; *macumba* ao ciente supersticioso etc. Pensamos que, nesses casos, embora os meios *em si mesmos* sejam absolutamente *inidôneos* à provocação do evento morte, não o são em face das circunstâncias que os envolvem. Monteiro Lobato, em *O engraçado arrependido*, conta o caso do agente que, dolosamente, faz o amigo apoplético explodir em gargalhadas, causando-lhe a morte em consequência de hilariante anedota narrada depois de lauta refeição. O meio empregado (palavra) não era *em si mesmo vulnerante*, mas o era em face da moléstia da vítima e da abundante refeição. O mesmo se pode dizer a respeito das hipóteses aventadas pelos subjetivistas.

O crime impossível não constitui figura típica. Assim, não enseja a aplicação de pena nem de medida de segurança.

Capítulo XXXV

DA ANTIJURIDICIDADE

1. CONCEITO

O crime se caracteriza, sob o aspecto analítico, pelos requisitos do fato típico e da antijuridicidade. Já estudamos o fato típico como o primeiro requisito genérico do crime. Pareceria natural, após a análise da conduta típica, estudar a culpabilidade, sistema adotado pelo CP. O nosso estatuto repressivo, após determinar regras a respeito do fato típico (arts. 13 a 20), passa imediatamente a disciplinar a culpabilidade (arts. 21 e 22). Ocorre, porém, que, dentre os dois juízos, da antijuridicidade e da culpabilidade, tem predominância o concernente à ilicitude, pois o ordenamento jurídico determina um mandamento externo de comportamento e só lhe interessa, ao contrário do que acontece com a Moral, a atividade subjetiva do sujeito quando demonstrada através da conduta. Por isso, a ilicitude da conduta é o antecedente da culpabilidade, e não o inverso: pode haver conduta ilícita não culpável, mas não pode haver culpabilidade sem comportamento externo antijurídico¹. E, para fins de exposição doutrinária, de observar que as considerações sobre a antijuridicidade são de caráter mais geral que as da culpabilidade. Além disso, o fato típico é um indício da ilicitude, motivo pelo qual esta deve ser estudada após a análise daquele.

Numa apreciação preliminar, pode-se dizer que a antijuridicidade é contrária ao Direito. Não é suficiente que o comportamento seja típico, *i. e.*, que a conduta encontre correspondência num modelo legal, adequando-se o fato à norma penal incriminadora. É preciso que seja ilícito para que sobre ele incida a reprovação do ordenamento jurídico, e que o agente

1. Anton Oneca, *Derecho penal*, v. 1, p. 179.

o tenha cometido com os requisitos da culpabilidade. Em face disso, surge o crime como fato típico e antijurídico.

Há um critério negativo de conceituação da antijuridicidade: o fato típico é também antijurídico, salvo se concorre qualquer causa de exclusão da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito). Diante de um fato penal, a morte de um homem realizada por outro, p. ex., diz-se que há um fato típico. Surge a antijuridicidade se não agiu acobertado por uma excludente da ilicitude. Assim, antijurídico é todo fato descrito em lei penal incriminadora e não protegido por causa de justificação. O sistema negativo conceitua a antijuridicidade como ausência de causas de ilicitude, o que vale dizer que não diz o que é antijurídico, mas sim o que é jurídico, o que constitui paradoxo.

Daí preferirmos o conceito de Santoro a respeito da antijuridicidade: “é a contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo a lesão de um interesse protegido”².

Considerado o crime como a violação de um bem penalmente protegido (conceito material), vê-se que a antijuridicidade consiste numa valoração que realiza o juiz acerca da natureza lesiva de um comportamento humano. Surge quando a conduta humana lesiona ou submete a risco de dano um interesse protegido pelo Direito. Daí o contraste com os imperativos do Direito. Trata-se de comparar o fato e o valor amparado pela lei. Como dizia Bettiol, são os valores que dão conteúdo e motivação às figuras singulares do crime: de nada serve que um fato encerre em si as características de uma espécie delituosa abstrata; não basta que o agente tenha com vontade e consistência pretendido realizar um comportamento delituoso se faltar o *objeto jurídico do crime*, qual seja, o interesse tutelado pela norma³. Daí falar-se em antijuridicidade *a parte objecti*, que significa ilicitude do fato típico (fato humano descrito em lei penal incriminadora que lesiona ou põe em risco um interesse jurídico e contrasta com o ordenamento jurídico).

2. TERMINOLOGIA

Sauer entende que o *injusto* abrange o conceito e a valoração, enquanto o *antijurídico* contém somente a valoração⁴. De acordo com Welzel, a

2. Arturo Santoro, *Circostanze, fatto ed anti giuridicità nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, v. 3, p. 340.

3. *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 319.

4. Apud Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, t. 3, p. 960.

antijuridicidade é uma característica da ação, e, mais exatamente, a relação que expressa um desequilíbrio entre a ação e o ordenamento jurídico, enquanto o injusto é a ação antijurídica como conjunto, *i. e.*, o objeto com seu atributo valorativo⁵. Mezger emprega as expressões “antijuridicidade” e “injusto” como sinônimas⁶.

Delitala distingue a ilicitude da antijuridicidade. Para ele, a ilicitude significa a antítese entre um comportamento juridicamente obrigatório e a conduta efetivamente realizada pelo sujeito da infração. A antijuridicidade, ao contrário, importa a desconformidade de um estado de fato com um estado desejado pelo Direito; a lesão não só de um dever jurídico, como também de um bem ou de um interesse que o Direito protege; a violação não só de uma obrigação jurídica, como também da norma jurídica⁷.

No Brasil, a maioria dos autores não faz distinção entre antijuridicidade, injusto e ilicitude, de forma que podemos empregar as expressões como sinônimas.

3. ANTIJURIDICIDADE FORMAL E MATERIAL

A questão da antijuridicidade formal e material tem relação com o conceito formal e material do crime. Formalmente, conceitua-se o delito sob o aspecto da técnica jurídica, do ponto de vista da lei. Materialmente, tem-se o crime sob o ângulo dos bens protegidos pela norma penal. Daí dizer-se que, sob o aspecto material, crime é a violação de um interesse penalmente protegido; sob o aspecto formal, um fato típico e antijurídico.

Aplicando-se os conceitos à antijuridicidade, temos a ilicitude formal e material. A distinção remonta a Liszt, para o qual deve ser considerado *formalmente* antijurídico todo comportamento humano que viola a lei penal; *materialmente* antijurídica é toda conduta humana que fere o interesse social protegido pela própria norma⁸. Assim, a antijuridicidade formal é a simples contradição entre o fato praticado pelo sujeito e a norma de proibição. A

5. *Derecho penal*; parte general, trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 58.

6. *Derecho penal*; parte general, trad. Conrado A. Finzi, Ed. Bibliográfica Argentina, p. 131 e 132.

7. *Contributo alla nozione del reato*, p. 17.

8. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, p. 176, apud Bettiol, *ob. cit.*, p. 333.

antijuridicidade material é a existente na conduta humana que fere o interesse tutelado pela norma. Prender um perigoso bandido sem mandado e sem flagrante é formalmente antijurídico e materialmente jurídico.

Não se justifica um conceito de antijuridicidade formal em contradição a um conceito material de ilicitude. A primeira confunde-se com a tipicidade, pois a contradição entre o comportamento humano e a lei penal se exaure no primeiro elemento do crime, que é o fato típico. A locução *antijuridicidade formal* não indica uma outra espécie de ilicitude, mas é, apenas, um modo de exprimir um dos elementos do fato típico (a tipicidade).

Não basta que um fato seja típico para ser considerado crime, daí surgindo a irrelevância da chamada ilicitude formal. Como afirma José Frederico Marques, a adequação típica ficará vazia de conteúdo, como expressão formal de contradição entre a conduta humana e o Direito, se não for completada pela comprovação da antijuridicidade material dessa conduta⁹. Dizer que um fato, apenas porque adequado a um modelo legal, é *formalmente antijurídico* constitui erro, pois somente se tomou por base a tipicidade, não a valoração da conduta em face do direito protetor do interesse. Daí a razão estar com Asúa ao afirmar que a antijuridicidade formal é a tipicidade e a antijuridicidade material é a própria antijuridicidade¹⁰. Portanto, não existe ilicitude formal. Existe um comportamento típico que pode ou não ser ilícito em face do juízo de valor.

Em suma, a antijuridicidade é sempre material, constituindo a lesão de um interesse penalmente protegido.

4. CARÁTER OBJETIVO DA ANTIJURIDICIDADE

A ilicitude pode ser encarada sob duas formas: subjetiva e objetiva. Daí falar-se em antijuridicidade subjetiva e objetiva, segundo a doutrina que se adote.

a) Antijuridicidade subjetiva

O conceito subjetivo da antijuridicidade remonta a Merkel e decorre da *teoria dos imperativos*, que se deve a Thon. De acordo com essa teoria, o ordenamento jurídico é composto de ordens e proibições, constituindo fato

9. *Tratado de direito*, Saraiva, 1956, v. 2, p. 103.

10. *La ley y el delito*, 11. ed., Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1980, p. 278.

ilícito a desobediência a tais normas. Essas ordens e proibições são dirigidas à vontade das pessoas imputáveis. Em consequência, só há violação ao comando em relação à vontade, não em relação a ocorrências naturais ou condutas humanas que não podem ser atribuídas à vontade imputável. O inimputável não pode realizar condutas antijurídicas, uma vez que não há ilicitude sem culpa¹¹. Petrocelli constrói o conceito de ilicitude sobre a teoria dos imperativos, dizendo que o Direito se realiza tendo como base a vontade do homem e por meio da vontade humana. Diante disso, a ilicitude não pode ser compreendida fora do requisito subjetivo da violação do comando, *i. e.*, não pode ser compreendida por si mesma, separada da culpabilidade¹². Para Antolisei, parece impossível pronunciar um juízo sobre a licitude ou ilicitude de um comportamento humano fazendo abstração da atitude da vontade de seu autor¹³.

b) Antijuridicidade objetiva

Segundo essa forma de conceituação, a ilicitude corresponde à qualidade que possui o fato de contrariar uma norma. Como afirma Delitala, a antijuridicidade deve ser determinada objetivamente, independente da culpa ou da imputabilidade do sujeito¹⁴. Ela existe por si só. Em face disso, o inimputável pode realizar condutas ilícitas, embora não culpáveis. Isso ocorre porque a ilicitude, no dizer de Bettiol, resolve-se num juízo acerca da lesividade do comportamento. Ela se manifesta num juízo de desaprovção do fato praticado, sem que como via de regra este juízo venha a depender da culpabilidade. “O homicídio cometido por um menor ou por um louco é também um fato *julgado* lesivo ao bem *vida*, por ser um fato que certamente não se ajusta às exigências da norma penal como tutela de valores sociais”¹⁵. Essa lesividade existe tanto na conduta típica do imputável como na do inimputável. Daí a natureza objetiva da ilicitude.

Adotamos o critério objetivo. A ilicitude resolve-se na lesão de um bem penalmente protegido, independentemente da culpabilidade do sujei-

11. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, 7:33-4, 1964.

12. *L'antigiuridicità*, p. 37.

13. *Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal e Ángel Torio, Buenos Aires, UTEHA, 1960, p. 147.

14. *Il fatto nella teoria generale del reato*, p. 26, apud José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1956, v. 2, p. 110, n. 1.

15. *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 323 e 326.

to. Essa aceitação não é antagônica em relação à adoção da teoria finalista da ação¹⁶.

Adotado o finalismo, o dolo passa a integrar o tipo penal, retirado da culpabilidade. Assim, a culpabilidade possui elementos puramente valorativos (não subjetivos). Se a culpabilidade não possui nenhum elemento subjetivo, é incorreta a tese da ilicitude subjetiva, *i. e.*, da ilicitude condicionada ao elemento subjetivo de culpabilidade (que não possui elemento subjetivo).

5. ANTIJURIDICIDADE GENÉRICA E ESPECÍFICA

Vimos que alguns tipos contêm elementos normativos. Exs.: arts. 151 (“indevidamente”), 153 e 154 (“sem justa causa”), 155 (“alheia”), 158 (“indevida”), 164 (“sem consentimento de quem de direito”), 274 (“não expressamente permitida pela legislação sanitária”) etc.

Partindo dessa tipicidade, alguns autores entenderam que ela expressava uma antijuridicidade especial, ao lado de uma antijuridicidade genérica, presente nos denominados impropriamente tipos normais. Afirmaram que na ilicitude genérica o dolo do agente deve abranger apenas a contrariedade existente entre o fato e o ordenamento jurídico, enquanto na antijuridicidade específica deve estender-se à ilicitude própria do tipo.

A distinção não tem razão de ser, pois a antijuridicidade é uma só. O que chamavam de ilicitude específica nada mais é que elemento normativo inserido no tipo.

6. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE

a) Introdução

A antijuridicidade, segundo requisito do crime, pode ser afastada por determinadas causas, denominadas “causas de exclusão da antijuridicidade” ou “justificativas”. Quando isso ocorre, o fato permanece típico, mas não há crime: excluindo-se a ilicitude, e sendo ela requisito do crime, fica excluído o próprio delito. Em consequência, o sujeito deve ser absolvido.

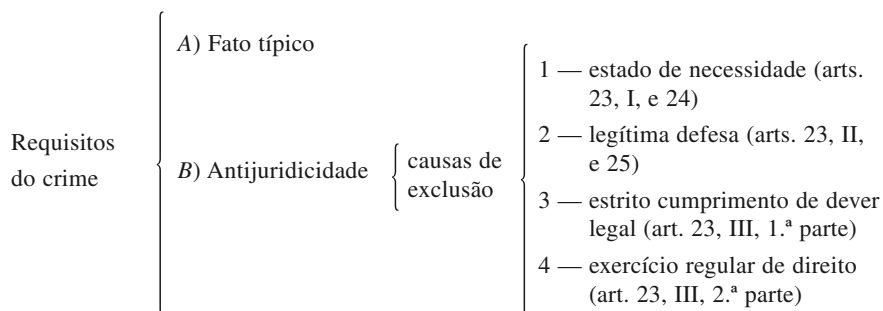
São causas de exclusão da antijuridicidade, previstas no art. 23 do CP:

1.^a) estado de necessidade;

16. Maurach, art. cit., p. 37, nota 37. Entende que “a concepção objetiva da antijuridicidade não está em contraste com a teoria finalista”.

- 2.^a) legítima defesa;
- 3.^a) estrito cumprimento de dever legal;
- 4.^a) exercício regular de direito¹⁷.

Quadro sinótico:



b) Requisitos objetivos e subjetivos de justificação

Para a doutrina clássica, as excludentes da ilicitude têm caráter objetivo. Sua incidência requer apenas a satisfação de seus requisitos de ordem objetiva (legais). Assim, a existência da legítima defesa está condicionada somente às condições do art. 25 do CP.

Segundo passamos a entender, nos termos do finalismo, a conduta, para justificar a exclusão da ilicitude, deve revestir-se dos requisitos objetivos e subjetivos da descriminante.

Assim, não é suficiente que o fato apresente os dados objetivos da causa excludente da antijuridicidade. É necessário que o sujeito conheça a situação justificante. Exs.:

“Se, por exemplo, dão-se objetivamente os pressupostos do estado de necessidade de um aborto, porém o autor não os conhece ou não persegue

17. Art. 23:

“Não há crime quando o agente pratica o fato:

I — em estado de necessidade;

II — em legítima defesa;

III — em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

A Parte Especial do CP prevê também excludentes da ilicitude. Exs.: arts. 128, I, e 142.

o fim de salvação, o fato será um aborto contrário ao direito por falta dos elementos subjetivos de justificação”¹⁸.

“Age em estado de necessidade justificante o que furta um medicamento raro e valioso com fins puramente lucrativos se, ao chegar a casa, o subministra a seu cônjuge que nesse intervalo havia contraído uma enfermidade delicada, só suscetível de ser reduzida por esse meio, à qual o delinquente não poderia socorrer em outras circunstâncias, dada a exiguidade de seus recursos?” “Age no cumprimento do dever legal o policial que, para vingar-se de seu vizinho, o detém, ignorando que à mesma hora foi expedido pelo Juiz competente uma ordem de prisão contra este indivíduo, cuja execução foi precisamente a ele confiada”¹⁹.

Suponha-se que o sujeito pretenda matar seu inimigo e o encontre num matagal. Sem que ele perceba, atira várias vezes, matando-o. Fica provado, posteriormente, que a vítima tinha a seus pés uma mulher desfalecida, a quem estava prestes a estuprar.

Nestes casos, pode-se dizer que a conduta se encontra justificada?

Cremos que não.

As causas de exclusão da ilicitude possuem um elemento subjetivo (teoria dos elementos subjetivos de justificação): é necessário que o sujeito conheça a situação de fato justificante. Caso contrário, *i. e.*, inexistente esse elemento subjetivo, não incide a causa descriminante, subsistindo a ilicitude e, em consequência, o crime. Na observação de Johannes Wessels, a totalidade da doutrina dominante entende que “uma ação típica não se torna desde já justificada quando subsistam os pressupostos objetivos de uma causa justificante”. Assim como o tipo incriminador possui elementos objetivos e subjetivos, o tipo permissivo, *i. e.*, a norma penal permissiva, compõe-se de “elementos objetivos e subjetivos de justificação”. Além da satisfação dos requisitos de ordem objetiva da causa da justificação, o autor deve agir com “conhecimento da situação de fato justificante e com fundamento em uma autorização que lhe é conferida em razão disso”. “Se o autor realizar o tipo legal sem ter conhecido a existência objetiva de uma situação justifican-

18. Welzel, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 313. Exemplo lembrado por Heitor Costa Júnior, *Acerca dos elementos subjetivos das causas de justificação*, teses do V Congresso Nacional do Ministério Público, Recife, Imprensa Oficial do Estado, 1977, p. 186.

19. Enrique Cury, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Santiago, 1973, p. 153. Exemplos lembrados por Heitor Costa Júnior, *ob. e loc. cit.*

te, assim, sua conduta será *antijurídica*, porque somente a congruência integral dos pressupostos objetivos e subjetivos de justificação é que produz a exclusão do injusto”²⁰. As causas de justificação, ensina Welzel, têm elementos objetivos e subjetivos. Para a justificação de uma conduta típica não basta a satisfação de seus elementos objetivos, mas, além de o sujeito conhecê-los, é necessário que tenha conhecimento das tendências subjetivas especiais de justificação. Assim, p. ex., na legítima defesa ou no estado de necessidade (justificante) o autor deve conhecer os elementos objetivos de justificação (agressão atual ou perigo atual) e ter “vontade de defesa ou de salvamento. Se faltar um ou outro elemento subjetivo de justificação, o autor não fica justificado, apesar dos elementos objetivos de justificação”²¹.

O tipo penal incriminador possui elementos objetivos e subjetivos. Há a parte objetiva e subjetiva. Da mesma forma, os tipos penais permissivos também possuem elementos objetivos e subjetivos, de maneira que somente a congruência desses elementos pode justificar uma conduta (Wessels). Como diz Zaffaroni, as condutas justificantes são também finais. Assim, na legítima defesa o sujeito deve conhecer a agressão e ter a intenção de defender-se, sendo indiferente que esta finalidade de defesa seja acompanhada por um sentimento de ódio ou vingança. O particular que detém um vizinho em flagrante delito atua justificadamente, ainda que se aproveite para satisfazer um desejo de vingança. “A finalidade justificante”, diz Zaffaroni, “que se assenta sobre o conhecimento da situação objetiva de permissão, funciona como um elemento subjetivo que excede o dolo do tipo subjetivo proibitivo. Ex.: o sujeito mata o agressor *para defender-se*. Do ponto de vista do tipo proibitivo, a elementar *para defender-se* é um elemento subjetivo que vai além do dolo: é indiferente para o tipo proibitivo do homicídio, mas integra o tipo subjetivo permissivo”.

A ausência do elemento objetivo ou subjetivo no fato praticado leva à ilicitude da conduta. Essa incongruência, ensina Zaffaroni, pode operar-se de duas maneiras:

- 1.^a) o sujeito satisfaz a tipicidade objetiva permissiva, mas não satisfaz a parte subjetiva (falta a intenção de defender-se, p. ex.);
- 2.^a) o sujeito satisfaz a finalidade justificante, mas estão ausentes as elementares objetivas do tipo permissivo.

20. Ob. cit., p. 62 e 63.

21. Welzel, ob. cit., p. 121 e 122. Contra: Luciano Correia da Silva, *Justificativas penais*, Marília, Ed. Seleções Jurídicas, 1980, p. 55.

Nos dois casos, ausentes as elementares do tipo permissivo, a conduta torna-se antijurídica. No primeiro, o sujeito responde por crime consumado; no segundo, ocorre uma descriminante putativa (erro de proibição)²².

O requisito subjetivo é previsto no estado de necessidade, em que o fato é praticado pelo sujeito “*para salvar* de perigo atual” “direito próprio ou alheio” (CP, art. 24) [grifo nosso].

O concurso de motivos, ensina Heitor Costa Júnior, não exclui a descriminante. Ocorre naquelas figuras em que “o agente conhece objetivamente a situação justificante e dela se aproveita para fins diversos, como, por exemplo, vingar-se, não agindo, portanto, exclusivamente com a vontade de praticar a ação justificada”. Neste caso, diz Costa Júnior, “permanecerá íntegra a causa de justificação. Seria incorreto confundir-se motivo com finalidade e negar-se o elemento subjetivo de justificação”²³.

c) Causas supralegais de exclusão da antijuridicidade

O enunciado prende-se ao problema de existirem causas de justificação não previstas na legislação penal. Há causas justificativas fora das mencionadas no art. 23 do CP e da legislação criminal. Em outros termos, há essas causas fora e acima da lei?

Vimos que a ausência de previsão legislativa em relação aos fatos puníveis não pode ser suprida através da analogia, costumes e princípios gerais de direito. No tocante às normas penais incriminadoras vige o princípio de reserva legal: não há crime sem lei que o defina. Essa proibição, porém, não se estende às normas penais não incriminadoras (permissivas e supletivas). O art. 23, que menciona as causas de exclusão da ilicitude, não contém disposição penal incriminadora. Assim, a lacuna de previsão legislativa pode ser suprida pelos processos de autointegração da lei penal.

Existem condutas consideradas justas pela consciência social que não se encontram acobertadas pelas causas de exclusão da antijuridicidade. É o caso do professor que impõe ao aluno uma punição não prevista no regulamento escolar e aceita pelas denominadas “normas de cultura”. Suponha-se que tal punição constitua um fato típico. Apreciada a enunciação do art. 23, percebe-se que a conduta não se enquadra em nenhum de seus incisos. O professor deve ser punido? Se a consciência social presta seu assentimento ao comportamento do mestre em face de nele não haver ilicitude, a neces-

22. Eugenio Raul Zaffaroni, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 460 e 461; *Manual de derecho penal*, 2. ed., Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 415 e 416.

23. Ob. cit., p. 192.

sidade de conservação do interesse comum faz com que o fato típico não se revista de antijuridicidade penal. Não há crime, aplicando-se uma causa supralegal de exclusão da ilicitude. Outro caso: o do professor de esporte que, na China, castiga fisicamente o aluno.

O art. 23, III, última parte, do CP determina não haver crime quando o fato é praticado no exercício regular de direito. A expressão “direito” deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo todo ordenamento jurídico. Não se trata de um direito exclusivamente penal. Assim, para a verificação da licitude de um comportamento o juiz pode apreciar todos os dispositivos extrapenais e concluir pela presença de um fato típico permitido pelo Direito. Tratando a disposição de norma penal não incriminadora e havendo lacuna no ordenamento jurídico extrapenal, é permitido ao intérprete lançar mão da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. A base legal encontra-se no art. 4.º da LICC, ao afirmar que, omissa a lei, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim, omissa a lei extrapenal reguladora de caso semelhante ao concreto, o juiz pode valer-se da analogia, absolvendo o sujeito com fundamento na integração da lei. É bem de ver que não se trataria propriamente de uma causa supralegal, uma vez que o juiz estaria aplicando uma disposição por analogia. Mas, nada obsta que o juiz, na ausência de disposição que trate de caso semelhante, absolva o agente com base nos princípios gerais de direito. Então, estaríamos em face de uma causa supralegal da exclusão de ilicitude.

Como veremos na teoria da inexigibilidade de outra conduta, na disciplina da culpabilidade, as legislações adotam causas de exclusão da ilicitude com fundamento em que não é exigível do agente um comportamento diverso. É o caso do estado de necessidade. A doutrina entende poder existir causa supralegal de exclusão da ilicitude com base na inexigibilidade. Se bem que haja pronunciamentos diferentes de nossos Tribunais, acórdãos existem que admitem a inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da ilicitude. Edgard de Moura Bittencourt, em sua obra *Vítima*, lembrava um caso julgado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em que se considerou o fato de certo indivíduo que se aproveitou do apelido de um jovem para ridicularizar sua família: “Se se reconhecer que era imperativo imposto ao réu, em face das normas culturais da comunidade, como chefe de família, o de procurar o ofensor e lhe exigir satisfação integral de pecha lançada — é de se reconhecer, outrossim, que outra conduta não se poderia exigir do acusado, senão a de proporcionar ao ofensor duas pauladas corretivas que mais serviam a lavar a honra da família pela fuga da vítima do que pelos ferimentos insignificantes por ela sofridos. A referência à inexigibilidade de melhor conduta não exclui a primazia que o julgado

imprime ao outro fundamento, qual o do acolhimento de uma justificativa extralegal. Procura, como consigna, a revitalização da lei. O dispositivo legal — acrescenta — no campo do Direito Penal deve expressar a norma definidora do ato antijurídico. Há, pois, a norma e o dispositivo. Se, porém, por deficiência ou envelhecimento do Código resulta uma antinomia entre o dispositivo e a norma que deve informá-lo, em face de um ato qualificado no dispositivo, mas não infringente da norma — há de se concluir que esse ato não é antijurídico e, assim, não se qualifica como delito. Esses conceitos assentam-se na existência, além das expressamente previstas no Código, de causas extralegais de justificação da conduta, por não ser possível, de direito, exigir-se outra do agente. O ato ilícito erige-se, destarte, não do dispositivo legal propriamente dito, mas da norma superior que o inspira. A licitude do ato não pode ser prejudicada pela incapacidade do legislador de catalogar em princípios estritos todos os cambiantes que podem deflexionar no prisma da norma de cultura imanente do dispositivo legal”²⁴. O fato se ressentir da antijuridicidade material.

O mesmo se diga do consentimento do ofendido, que pode funcionar como causa supralegal de exclusão da ilicitude.

De ver, contudo, que, adotada a teoria da imputação objetiva, as hipóteses supralegais mencionadas passam a constituir casos de exclusão da tipicidade e não da antijuridicidade.

d) Excesso nas justificativas

Há excesso nas causas de exclusão da antijuridicidade quando o sujeito, encontrando-se inicialmente em estado de necessidade, legítima defesa etc., ultrapassa os limites da justificativa.

O excesso pode ser:

- a) doloso ou consciente;
- b) não intencional ou inconsciente.

No excesso doloso o sujeito tem consciência, após ter agido lícitamente, da desnecessidade de sua conduta. Ele pressupõe tenha o agente, numa primeira fase, agido acobertado por uma discriminante. Numa segunda, consciente de que, p. ex., a agressão injusta ou a situação de perigo já cessou, continua agindo, neste caso, ilicitamente. O excesso intencional leva o sujeito a responder pelo fato praticado durante ele a título de dolo (CP, art. 23, parágrafo único).

24. Edgard de Moura Bittencourt, *Vítima*, 1. ed., São Paulo, Ed. Universitária de Direito, p. 66 e s.

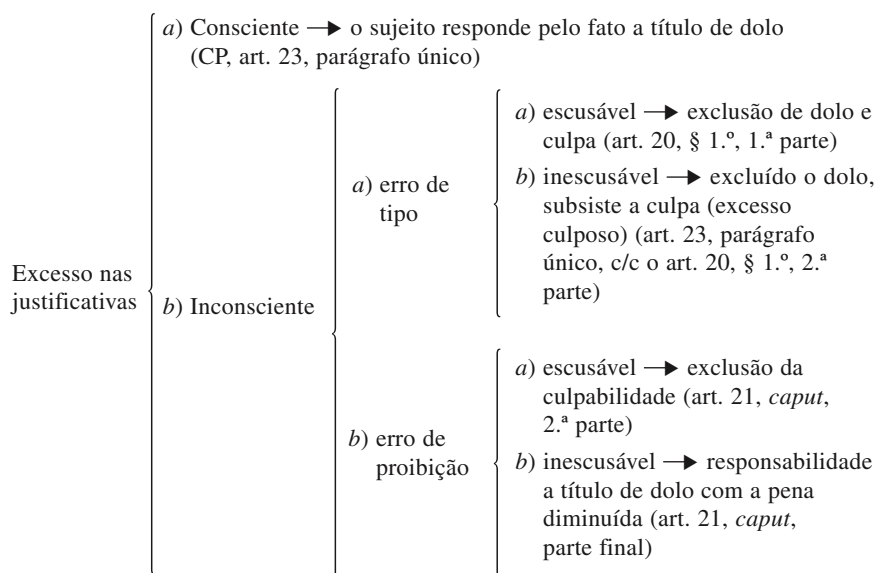
Excesso não intencional (não doloso) é o derivado de erro, em que o autor, em face da falsa percepção da realidade motivada pelas circunstâncias da situação concreta ou pelos requisitos normativos da causa de justificação, não tem consciência da desnecessidade da continuidade da conduta. Na primeira fase ele age licitamente; na segunda, por causa do erro, passa a conduzir-se ilicitamente.

Adotada pelo CP a teoria limitada da culpabilidade, é necessário distinguir:

a) Se o excesso não intencional deriva de erro sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação, cuida-se de erro de tipo (CP, art. 20, § 1.º). Se escusável, ficam afastados dolo e culpa, aplicando-se o disposto no § 1.º, 1.ª parte; se inescusável, surge o excesso culposo, respondendo o sujeito por delito culposo, nos termos do art. 23, parágrafo único, parte final, c/c o art. 20, § 1.º, 2.ª parte.

b) Se, entretanto, o excesso não intencional deriva de erro sobre os limites normativos da causa de justificação, trata-se de erro de proibição (CP, art. 21). Se escusável, há exclusão da culpabilidade, aplicando-se o art. 21, *caput*, 2.ª parte; se inescusável, não há exclusão da culpabilidade, respondendo o sujeito por crime doloso, com a pena diminuída de um sexto a um terço (art. 21, *caput*, parte final).

Esquema:



Capítulo XXXVI

DO ESTADO DE NECESSIDADE

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O estado de necessidade apresenta-se no campo do Direito Penal com a particularidade sugestiva de ser uma instituição antiga na História, modelada através dos anos pela doutrina, que a enfoca sob o ângulo do mais agudo interesse, dando lugar a debates e controvérsias de grande alcance. É por isso que os juristas empregam empenho no estudo dessa figura e os legisladores esmeram-se em delineá-la nos moldes da mais atual pesquisa científica.

Tem como fundamento um estado de perigo para certo interesse jurídico, que somente pode ser resguardado mediante a lesão de outro. Há uma colisão de bens juridicamente tutelados causada por forças diversas, como um fato humano, fato animal, acidente ou forças naturais. Em tais casos, para proteger interesse próprio ou alheio, o Direito permite a lesão de outro bem, desde que seu sacrifício seja imprescindível para a sobrevivência daquele. Se há dois bens em perigo de lesão, o Estado permite que seja sacrificado um deles, pois, diante do caso concreto, a tutela penal não pode salvaguardar a ambos.

O estado de necessidade constitui um direito ou uma faculdade?

Alguns doutrinadores entendem que não se trata de um *direito*, mas de uma *faculdade* outorgada ao agente. Para Nélson Hungria, que apresentava opinião seguida por José Frederico Marques, não se trata de um direito, pois a todo direito corresponde uma obrigação, e nenhum dos titulares dos bens em conflito tem a obrigação de sofrer a lesão de seu interesse. Em face disso, reconhecendo a faculdade e permanecendo neutro, o Estado declara a inexistência de crime na conduta do sujeito.

Ousamos discordar. Quando há uma norma penal permissiva, como a que contém o estado de necessidade, ocorre uma inversão nos polos da relação jurídico-punitiva. Tratando-se de um direito subjetivo de liberdade, o Estado tem a obrigação de reconhecer os efeitos da causa excludente da antijuridicidade. Não há relação jurídica entre o agente causador da lesão necessária e o titular do bem lesado, mas sim entre o agente e o Estado.

2. TEORIAS: UNITÁRIA E DIFERENCIADORA

Na Alemanha, com fundamento em disposições do CP e do CC, a natureza jurídica do estado de necessidade, em relação à ilicitude ou à culpabilidade, viu-se objeto de intensos debates, resultando em duas teorias: a *unitária* e a *diferenciadora* (ou teoria da discriminação). A primeira, que sofreu variações, entendia que o fato necessário era excludente da ilicitude; a segunda, com base na variação de valor dos bens em conflito (balanço dos bens), concluía que o fato necessário era excludente da antijuridicidade quando se tratava de interesses jurídicos de valoração desigual; quando igual, excluía a culpabilidade.

Vejamos a evolução dessas ideias.

Nos termos do antigo art. 54 do CP alemão, “o ato não é punível, se o autor, encontrando-se em estado de necessidade, independente de sua vontade e inevitável por outro meio, comete um ato, que não em legítima defesa, para salvar de um perigo atual sua pessoa, sua vida ou aquelas de um de seus parentes”.

Em princípio, entendeu-se que a disposição continha uma causa de exclusão da antijuridicidade (teoria unitária). Esqueceu-se que o dispositivo tratava de bens que não podiam ser comparados quanto à sua valoração jurídica, enquanto havia dispositivos do CC alemão que continham formas de estado de necessidade em que o conflito apresentava bens jurídicos de valor desigual. Surgiram as ideias de Goldschmidt e Freudenthal, segundo os quais o art. 54 tratava apenas do estado de necessidade inculpável, excludente da culpabilidade (estado de necessidade jurídico-penal), enquanto as disposições do CC continham casos de estado de necessidade excludente da antijuridicidade (estado de necessidade extrajurídico-penal). Ex.:

a) estado de necessidade defensivo:

Art. 228 do CC alemão: “Não atua antijuridicamente quem destrói coisa alheia para conjurar, de si ou de outrem, perigo que a coisa ameaça, sempre que a ação seja necessária para repelir o perigo e o dano não desproporcionado ao perigo”. De acordo com a disposição, estão acobertados os danos, com independência da espécie do bem ameaçado. Ex.: durante o

bombardeio de Berlim, vários animais ferozes fugiram do zoológico, correndo pelas ruas. A morte desses animais constituiu para seus autores fatos de estado de necessidade justificante.

b) estado de necessidade agressivo:

Art. 904 do CC alemão: “São permitidas lesões em coisas alheias necessárias para repelir um perigo atual, desde que o perigo seja claramente superior aos danos que ameaçam o proprietário”. Ex.: danificação do jardim alheio para impedir incêndio de grandes proporções na própria residência.

Tínhamos duas formas de estado de necessidade:

a) estado de necessidade jurídico-penal: antigo art. 54 do CP alemão — causa de exclusão da culpabilidade;

b) estado de necessidade jurídico-civil: arts. 228 e 904 do CC alemão — causa de exclusão da ilicitude.

Os dispositivos mencionados, entre outros, eram insuficientes para resolver todos os casos. Só permitiam a lesão de *coisas*, não se estendendo a outros bens, como a liberdade, por exemplo. Além disso, era necessário que o fato fosse cometido para evitar mal maior. O CP (art. 54) só reconhecia como bens protegidos pelo fato necessário a integridade corporal e a vida, desde que próprias ou de parentes. O médico que praticava aborto para salvar a vida da gestante só podia ser amparado pela causa de exclusão da culpabilidade (art. 54), desde que fosse sua esposa ou parente, permanecendo a antijuridicidade do fato. Não podia alegar estado de necessidade quem, durante um incêndio causador de riscos em bens materiais, penetrasse com violência em casa alheia para chamar os bombeiros por telefone.

A situação exigia um remédio. A solução veio de uma sentença de Reichsgericht, de 11-3-1927, que estabeleceu uma causa geral de estado de necessidade justificante supralegal (causa geral de exclusão da antijuridicidade). A sentença, que se referia ao aborto prescrito por médico, dizia o seguinte: “Nasquelas situações da vida em que uma ação constitutiva do tipo externo de uma forma de crime seja o único meio para proteger o bem jurídico ou... para cumprir um dever, a questão relativa a se a ação é adequada ao Direito, não proibida ou antijurídica, deve ser resolvida atendendo à relação valorativa, a derivar do Direito vigente, entre os bens jurídicos ou deveres em conflito”. Afirmava que se a proteção de um bem jurídico só era possível pela lesão de outro, o interesse de valor inferior devia ceder em face do de superior valor, pelo que a conduta do agente não era ilícita. A sentença foi reconhecida pela doutrina e jurisprudência como princípio geral de direito costumeiro, aplicável aos casos de mensurável colisão de qualquer classe de bens.

A decisão do Tribunal deu origem à teoria diferenciadora do estado de necessidade:

a) causa de exclusão da culpabilidade: antigo art. 54 do CP alemão;

b) causa de exclusão da antijuridicidade: arts. 228 e 904 do CC alemão, dentre outros dispositivos (estado de necessidade jurídico-civil), e estado de necessidade supralegal (sentença do Tribunal).

O fato necessário, se com fundamento no balanço de bens, objetivamente valorados, exclui a ilicitude; se, com base no art. 54, exclui a culpabilidade (se não for caso de exclusão da ilicitude). Como excludente da ilicitude, o estado de necessidade exige que o agente vise a evitar um mal maior.

Hoje, na Alemanha, o CP conceitua as duas formas:

1.^a) estado de necessidade justificante: art. 34;

2.^a) estado de necessidade inculpável: art. 35.

Nosso CP adotou a teoria unitária (art. 24). Temos só o estado de necessidade justificante.

3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Estado de necessidade é uma situação de perigo atual de interesses protegidos pelo Direito, em que o agente, para salvar um bem próprio ou de terceiro, não tem outro caminho senão o de lesar o interesse de outrem.

Nos termos do art. 24 do CP, “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro meio evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Trata-se de causa excludente da antijuridicidade. O art. 23, I, diz que “não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade”. Assim, embora típico o fato, não há crime em face de ausência da ilicitude. Se esta é requisito genérico do delito, a sua ausência opera a própria inexistência da infração penal.

4. EXEMPLOS

Podemos citar os seguintes exemplos de estado de necessidade:

a) danos materiais produzidos em propriedade alheia para extinguir um incêndio e salvar pessoas que se encontram em perigo;

b) subtração de um automóvel para transportar um doente em perigo de vida ao hospital (se não há outro meio de transporte ou comunicação);

- c)* violação de domicílio para acudir vítimas de crime ou desastre;
- d)* subtração de alimentos para salvar alguém de morte por inanição;
- e)* subtração de salva-vidas de um disputante em caso de naufrágio;
- f)* dois alpinistas percebem que a corda que os sustenta está prestes a romper-se; para salvar-se, *A* atira *B* num precipício;
- g)* durante um incêndio, *A* causa ferimentos em *B* quando se lança na direção da porta de salvação;
- h)* lançamento de mercadorias ao mar para salvar um barco e pessoas;
- i)* lançamento de mercadorias para diminuir o peso do avião e salvar tripulantes e passageiros;
- j)* desvio de um canal para impedir inundação;
- l)* caso de antropofagia entre náufragos ou perdidos na selva;
- m)* médico que deixa morrer um paciente para salvar outro, não tendo meios de atender a ambos;
- n)* bombeiro que deixa de atender a um incêndio de pequenas proporções para atender a outro de maior gravidade;
- o)* aeronave em “pane” que aterrissa em propriedade alheia, causando danos;
- p)* aborto praticado por médico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante;
- q)* intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justifica por iminente perigo de vida (em nossa legislação, este caso é de exclusão da tipicidade e não da ilicitude — CP, art. 146, § 3.º, I);
- r)* dois náufragos nadam em direção a uma tábua de salvação; para salvar-se, *A* mata *B*;
- s)* médico que revela à família onde a doméstica trabalha ser ela portadora de doença contagiosa.

Em todos os casos, é imprescindível a presença de todos os requisitos do estado de necessidade (objetivos e subjetivos).

5. REQUISITOS

O estado de necessidade pode ser desdobrado em:

- a)* situação de perigo (ou situação de necessidade);

b) conduta lesiva (ou fato necessitado)¹.

São requisitos da situação de perigo:

- a) um perigo atual;
- b) ameaça a direito próprio ou alheio;
- c) situação não causada voluntariamente pelo sujeito;
- d) inexistência de dever legal de arrostar perigo (CP, art. 24, § 1.º).

A prática da conduta lesiva exige:

- a) inevitabilidade do comportamento lesivo;
- b) inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado;
- c) conhecimento da situação de fato justificante.

A ausência de qualquer requisito exclui o estado de necessidade.

6. PERIGO ATUAL OU IMINENTE

Perigo atual é o presente, que está acontecendo; iminente é o prestes a desencadear-se. É certo que o CP menciona apenas o primeiro caso. Daí ter observado José Frederico Marques que “não se inclui aqui o ‘perigo iminente’ porque é evidente que não se pode exigir o requisito da iminência da realização do dano”². Entendemos, porém, que não se pode obrigar o agente a aguardar que o “perigo iminente” se transforme em “perigo atual”. Se o perigo está prestes a ocorrer, não parece justo que a lei exija que ele espere que se torne real para praticar o fato necessitado.

Só o perigo atual ou iminente permite a conduta lesiva. Se já ocorreu ou se é esperado no futuro não há estado de necessidade.

E se o agente supõe a existência do perigo (que na realidade não existe)? Ocorre o denominado “estado de necessidade putativo”, resultante da combinação dos arts. 23 e 20, § 1.º, 1.ª parte, desde que escusável o erro de tipo. Neste caso, o erro exclui dolo e culpa. Se inescusável, o agente responde por crime culposos (art. 20, § 1.º, parte final), desde que prevista a modalidade culposa.

Se o erro, entretanto, decorrer de apreciação a respeito da própria existência da causa de justificação ou de seus requisitos normativos, trata-se de erro de proibição, aplicáveis os princípios do art. 21 do CP. Se escu-

1. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 2, p. 131.

2. Ob. e loc. cit.

sável, exclui-se a culpabilidade; se evitável, responde o sujeito por crime doloso, com a pena atenuada.

A situação de perigo pode ter sido causada por conduta humana ou fato natural.

O autor de crime permanente ou habitual não pode alegar o estado de necessidade, uma vez ausentes os requisitos da atualidade e inevitabilidade do perigo e da não razoabilidade de sacrifício do bem ameaçado.

7. AMEAÇA A DIREITO PRÓPRIO OU ALHEIO: ESTADO DE NECESSIDADE PRÓPRIO E DE TERCEIRO

A expressão “direito” deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo qualquer bem jurídico, como a vida, a integridade física, a honra, a liberdade e o patrimônio.

A intervenção necessária pode ocorrer para salvar um bem jurídico do sujeito ou de terceiro (estado de necessidade próprio e estado de necessidade de terceiro). No último caso, não se exige qualquer relação jurídica específica entre ambos (não se exige relação de parentesco, amizade ou subordinação entre o agente e o terceiro necessitado).

No socorro a terceiro não é preciso que ele manifeste vontade de salvaguardar seu bem jurídico. Sua vontade é substituída pela do agente.

É necessário que os interesses em litígio se encontrem protegidos pelo Direito. Se a ordem jurídica nega proteção a um dos bens jurídicos, fica afastada a ocorrência do estado de necessidade. O condenado à morte, p. ex., não pode alegar encontrar-se em estado de necessidade diante do carasco, pois o Estado negou proteção a seu direito à vida. O foragido da prisão que furta roupas para não ser reconhecido não pode considerar-se acobertado pela excludente da ilicitude.

8. SITUAÇÃO DE PERIGO NÃO CAUSADA VOLUNTARIAMENTE PELO SUJEITO

O Código determina que só pode alegar estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual direito próprio ou alheio, “que não provocou por sua vontade”.

A expressão “que não provocou por sua vontade” é indicativa de dolo ou de dolo e culpa? A situação de perigo que afasta a licitude do fato é só a intencionalmente causada ou também a originária de culpa do agente (imprudência, negligência ou imperícia)?

Vejamos dois casos:

1.º) Um passageiro causa “dolosamente” incêndio num navio. Para salvar-se, pode matar um terceiro que está prestes a lançar-se ao mar munido de um salva-vidas?

2.º) Um passageiro provoca “culposamente” (por imprudência) incêndio num navio. Para salvar-se, pode matar um terceiro que se encontra agarrado a uma tábua de salvação?

Na doutrina estrangeira, Antolisei, Pannain e Manzini manifestavam-se no sentido de que a situação de perigo produzida dolosa ou culposamente afasta a justificativa, ao passo que Florian, Maggiore, Battaglini e Asúa entendiam que só a dolosa situação de perigo impede a alegação discriminante.

Entre nós, Costa e Silva, Basileu Garcia e Aníbal Bruno ensinavam que só o perigo doloso impede o estado de necessidade. Em campo oposto, Nélson Hungria, José Frederico Marques e Magalhães Noronha entendiam que também o perigo culposo impede a alegação de necessidade.

Entendemos que somente o perigo causado dolosamente impede que seu autor alegue encontrar-se em fato necessitado. Além da consideração de ordem humana, temos apoio no próprio CP, que define a tentativa empregando a expressão “vontade”, que é indicativa de dolo. Assim, por meio de interpretação sistemática, analisando a expressão “vontade” contida nos dois dispositivos (arts. 14, II, e 24), e sendo a primeira indicadora de dolo, chegamos à conclusão de que só o perigo causado dolosamente tem força de excluir a alegação justificadora do agente. Além disso, de acordo com a sistemática do Código, a culpa exige referência expressa. Ora, se o art. 24 silencia a respeito dela, é porque não a contempla. Em suma: o perigo doloso não exclui o crime, de forma que não pode alegar estado de necessidade quem sacrifica a vida alheia para salvar a própria num incêndio que dolosamente provocou. Mas, se o provocou culposamente, é lícito invocar a discriminante. Se o proprietário de um navio ordena que seja afundado, agindo com fim de receber o seguro, não pode matar aquele que disputa o bote salvador. Ele se colocou propositadamente em situação antijurídica. E se o naufrágio resultou de sua conduta culposa? Não seria absurdo que um fato meramente imprudente o condenasse à morte, exigindo que se deixasse imolar como um cordeiro? Seria justo condenar alguém que, por imprudência ou negligência, colocou-se em situação de perigo, e, p. ex., lesou o patrimônio alheio para salvar a própria vida? O bom-senso indica que a conduta culposa, nestes casos, exclui o crime praticado em fato necessitado, subsistindo somente a infração constitutiva do comportamento de que resultou a situação perigosa.

E se, tratando-se de hipóteses de estado de necessidade de terceiro, este haja causado dolosamente o perigo? Suponha-se que, após o naufrágio de um navio, duas pessoas nadem em direção a uma tábua de salvação, que apenas

suporta o peso de uma delas. Um terceiro intervém, matando o naufrago A a fim de salvar B, verificando-se que este foi o causador doloso da situação de perigo. O terceiro interveniente pode alegar estado de necessidade?

Entendemos que a exigência da não intencionalidade de criação da situação de perigo não se estende ao terceiro interveniente que desconhece a conduta antijurídica do provocador socorrido. De observar que o art. 24 liga a expressão “que não provocou por sua vontade” ao agente do fato necessitado. Não prevê a hipótese de o terceiro intervir em favor de quem “provocou” a situação de perigo “por sua vontade”. Admitida a omissão legislativa, é impossível socorrer-se da analogia ou da interpretação extensiva, uma vez que seriam aplicadas *in malam partem*, pois a exclusão da antijuridicidade aproveita mais ao agente que a exclusão da culpabilidade pela adoção do estado de necessidade putativo. Em face disso, diante da autonomia da culpabilidade em relação a cada indivíduo, a dolosa situação antijurídica do socorrido provocador do perigo não pode prejudicar o insciente terceiro interveniente.

9. INEXISTÊNCIA DE DEVER LEGAL DE ENFRENTAR O PERIGO

Determina o art. 24, § 1.º, que “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”. Assim, é indispensável que o sujeito não tenha, em face das circunstâncias em que se conduz, o dever imposto por lei de sofrer o risco de sacrificar o próprio interesse jurídico. Exs.:

a) o militar não pode invocar risco à sua vida ou integridade corporal para fugir às operações bélicas;

b) o funcionário público da repartição sanitária não pode escusar-se de atender vítimas de uma epidemia;

c) o policial não pode deixar de perseguir malfeitores sob o pretexto de que estão armados e dispostos a resistir;

d) o bombeiro não pode deixar de subir a um edifício incendiado invocando a possibilidade de sofrer queimaduras;

e) o capitão do navio não pode salvar-se à custa da vida de um passageiro.

Nesses casos, o sujeito não pode pretender justificar a lesão do interesse alheio sob o fundamento de que uma conduta diversa viria lesionar o bem próprio. Ocorre que há uma lei, decreto ou regulamento impondo a obrigação de ele arrostar o perigo ou mesmo sofrer a perda.

Quando o sujeito que tem o dever legal de enfrentar o perigo se encontra fora de sua atividade específica, não há a obrigação de expor o seu bem jurídico a perigo de dano, salvo exceções impostas pela própria função. Assim, o comandante de navio, quando viaja como simples passageiro, não tem a obrigação legal de arrostar o perigo.

Se a desproporção entre os bens em colisão é muito considerável não se pode exigir do sujeito que se deixe imolar. Assim, para a salvaguarda de um bem patrimonial, não se pode exigir do bombeiro que sacrifique a própria vida.

E quando há *dever jurídico* de enfrentar o perigo?

O dever jurídico pode surgir de:

a) lei;

b) contrato, função tutelar ou encargo sem mandato;

c) anterior conduta do agente causadora do perigo.

No primeiro caso, fala-se em *dever legal*. Assim, há diferença entre *dever legal* e *dever jurídico*. Este é o gênero; aquele, espécie. O CP fala em *dever legal*. Daí a seguinte questão: pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever contratual, imposto por função tutelar, encargo sem mandato ou dever imposto por conduta precedente, de enfrentar o perigo?

A disposição do art. 24, § 1.º, restringe a aplicação da justificativa do estado de necessidade. Em face disso, não podemos empregar a analogia nem a interpretação extensiva, uma vez que viriam prejudicar a situação do agente (*in malam partem*). Assim, só é excluído o fato necessário quando o sujeito tem o *dever legal* de enfrentar o perigo. Quando se trata de dever contratual, p. ex., pode invocar a discriminante.

É certo que nos crimes comissivos por omissão o dever jurídico de impedir o resultado também deriva das três formas, abrangendo o dever contratual. Dessa forma, responde pelo resultado quem, deixando de agir, não realizou a conduta que o impediria, e que estava obrigado a impedir em face de uma relação contratual. Então, diante do fato típico há relação de causalidade entre a conduta negativa e o resultado (o nexa causal é um dos elementos do fato típico). Em face da antijuridicidade, porém, o sujeito pode alegar estado de necessidade, pois tinha um *dever contratual* de enfrentar o perigo. Não se tratando de *dever legal*, é permitida a invocação. Parece haver contradição: diante da relação de causalidade a conduta é “criminosa”; diante da ilicitude, não é antijurídica. Mas não podemos confundir fato típico com ilicitude. Há muitas condutas que constituem fatos típicos e não são ilícitas, uma vez que acobertadas por causa de exclusão da antijuridicidade. Uma coisa é analisar o comportamento nos termos do fato típico; outra, apreciá-lo diante da ilicitude.

10. INEVITABILIDADE DO COMPORTAMENTO LESIVO

Diz o CP que se considera em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, “nem

podia de outro modo evitar...”. Significa que o agente não tem outro meio de evitar o perigo ao bem jurídico próprio ou de terceiro que não praticar o fato necessitado. É inevitável a realização do comportamento lesivo em face da inevitabilidade do perigo por forma diversa. Se o conflito de interesses pode ser resolvido por outra maneira, como pedido de socorro a terceira pessoa ou fuga, o fato não fica justificado. É preciso que o único meio que se apresenta ao sujeito para impedir a lesão do bem jurídico seja o cometimento do fato lesivo. Não é um conceito rígido, mas relativo, aquilutado pelas circunstâncias do caso concreto em que se vê envolvido o agente. Se o perigo pode ser afastado por uma conduta menos lesiva, a prática do comportamento mais lesivo não configura a excludente.

Pode haver estado de necessidade contra estado de necessidade? Duas pessoas, agindo uma contra a outra, podem encontrar-se em estado de necessidade?

Como na excludente que estamos estudando nenhum dos titulares tem o dever de permitir a lesão de seu bem jurídico, é perfeitamente possível que suas condutas constituam fatos necessários. Ex.: dois naufragos lutando pela posse da tábua de salvação. Nenhum dos dois pratica o fato em legítima defesa, pois esta exige que a conduta contrária seja uma “agressão injusta” (art. 25). No caso, é lícita a conduta de ambos.

Da mesma forma, inexistente estado de necessidade contra legítima defesa.

11. INEXIGIBILIDADE DE SACRIFÍCIO DO INTERESSE AMEAÇADO

Só é possível o estado de necessidade para salvaguardar interesse próprio ou alheio, “cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (art. 24, *caput*, *in fine*).

É o requisito da proporcionalidade entre a gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico do agente ou alheio e a gravidade da lesão causada pelo fato necessitado. Não se admite, p. ex., a prática de homicídio para impedir a lesão de um bem patrimonial de ínfimo valor.

Não se estabelece diferença entre bem jurídico pessoal e patrimonial.

A situação de perigo e a prática do fato necessário, que apresentam o conflito de interesses, devem ser analisadas também do ponto de vista do sujeito, pois muitas vezes, diante da necessidade da prática do fato, não há tempo de medir o valor dos bens em litígio. Não há tempo para calcular, ponderar, mas sim para agir. Sobre o assunto, dizia a Exposição de Motivos do CP de 1940 o seguinte: “O estado de necessidade não é um conceito absoluto: deve ser reconhecido desde que ao indivíduo era *extraordinariamente* difícil um procedimento diverso do que teve. O crime é um fato *re-*

provável, por ser a violação de um dever de conduta, do ponto de vista da disciplina social ou da ordem jurídica. Ora, essa reprovação deixa de existir e não há crime a punir, quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens” (n. 17).

A inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado exige um confronto dos interesses em conflito. Ao contrário do CP de 1890, o vigente estatuto penal não exige que o estado de necessidade seja praticado para evitar *mal maior*³. Assim, admite-se a excludente mesmo quando o fato necessário lesa um bem jurídico de valor maior que o protegido, desde que esteja presente o requisito da proporcionalidade.

12. ELEMENTO SUBJETIVO DO ESTADO DE NECESSIDADE: CONHECIMENTO DA SITUAÇÃO DO FATO JUSTIFICANTE

Não há estado de necessidade quando o sujeito não tem conhecimento de que age para salvar um interesse próprio ou de terceiro. Como diz Johannes Wessels, “a ação do estado de necessidade, como única possibilidade de afastar o perigo, deve ser objetivamente necessária e subjetivamente conduzida pela vontade de salvamento”⁴. Assim, o fato necessário possui requisitos objetivos e subjetivos. Para a justificação de um fato típico, ensina Welzel, não basta que ocorram os elementos objetivos de justificação, sendo necessário que o autor, além de conhecê-los, tenha as tendências subjetivas especiais de justificação. Assim, p. ex., no estado de necessidade o sujeito deve conhecer os elementos objetivos de justificação (o perigo atual, p. ex.) e ter a vontade de salvamento. Se faltar a vontade de salvamento a conduta não fica justificada, apesar da existência dos elementos objetivos de justificação⁵. O nosso CP exige esse requisito subjetivo, uma vez que a conduta é cometida pelo sujeito “*para salvar de perigo atual*” “direito próprio ou alheio” [grifo nosso].

13. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Nos termos do § 2.º do art. 24 do CP, “embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

3. CP de 1890, art. 32, § 1.º: “Não serão também criminosos os que praticarem o crime para evitar mal maior”.

4. *Direito penal*; parte geral, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, Editor, 1976, p. 68.

5. *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 121 e 122.

Significa que, embora reconheça que o sujeito estava obrigado a uma conduta diferente, pelo que não há estado de necessidade e deve responder pelo crime, o juiz pode reduzir a pena. Não se trata de simples faculdade, podendo o juiz diminuir ou não a pena segundo seu arbítrio. Presentes determinadas circunstâncias favoráveis ao réu, a pena deve ser reduzida. A faculdade (“pode”) diz respeito ao *quantum* da redução.

14. FORMAS DO ESTADO DE NECESSIDADE

Tendo em vista a titularidade do interesse protegido, o estado de necessidade pode ser:

- a) estado de necessidade próprio;
- b) estado de necessidade de terceiro.

Levando em conta o aspecto subjetivo do agente, pode ser:

a) estado de necessidade real: descrito no art. 24 do CP. Exclui a antijuridicidade;

b) estado de necessidade putativo: resulta da combinação dos arts. 24, 20, § 1.º, 1.ª parte; e 21, *caput*. Ocorre quando o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em estado de necessidade ou quando, conhecendo a situação de fato, supõe, por erro quanto à ilicitude, agir acobertado pela excludente.

Sob o prisma do terceiro que sofre a ofensa necessária, há duas formas de estado de necessidade:

- a) estado de necessidade agressivo;
- b) estado de necessidade defensivo.

Há *estado de necessidade agressivo* quando a conduta do sujeito atinge um bem jurídico de terceiro inocente. Ex.: destruir a propriedade alheia para impedir a propagação de um incêndio que colocaria em risco a vida de várias pessoas.

Há *estado de necessidade defensivo* quando a conduta do sujeito atinge um interesse de quem causou ou contribuiu para a produção da situação de perigo. Ex.: para evitar uma inundação de grandes proporções o sujeito desvia um canal na direção da propriedade do causador do rompimento do dique.

15. EXCESSO

Dá-se o nome de excesso no estado de necessidade à desnecessária intensificação da conduta inicialmente justificada. No comportamento com que pretende defender o bem jurídico em situação de perigo o agente vai

além dos limites da proteção razoável. Tratando-se de *excesso*, nota-se que o agente se encontrava em situação de necessidade, exorbitando no uso dos meios de execução postos em ação para a defesa do bem. Ele vai responder pelo resultado produzido durante o excesso: responde pela lesão jurídica que constitui a conduta desnecessária. Se o meio é desproporcional ao perigo apresentado, é excluído o fato necessário por ausência de um de seus elementos (proporcionalidade entre a situação de perigo e a reação). Se o meio é proporcional, mas o agente vai além do necessário, deve responsabilizar-se pelo excesso. Depreende-se que, para falar-se em excesso, é preciso que o agente, em princípio, se encontre em estado de necessidade. É conhecido pelo nome de *excesso na ação* ou *excesso nos meios*, pois o autor procede juridicamente em princípio, excedendo-se na conduta imposta pela necessidade.

O excesso pode ser doloso ou não intencional.

Há excesso doloso quando o agente supera conscientemente os limites legais. Neste caso, responde a título de dolo pelo fato constitutivo do excesso (CP, art. 23, parágrafo único).

O excesso inconsciente deriva de erro sobre:

- a) a situação de fato; ou sobre
- b) os limites normativos da causa de justificação.

No primeiro caso devem ser aplicados os princípios a respeito do erro de tipo permissivo (CP, art. 20, § 1.º). Se escusável, há exclusão de dolo e culpa; se inescusável, fica excluído o dolo, subsistindo a culpa (CP, art. 23, parágrafo único).

Na segunda hipótese, cuidando-se de erro de proibição, aplica-se o art. 21 do CP. Se escusável, há exclusão da culpabilidade; se inescusável, o sujeito responde por crime doloso, com a pena diminuída de um sexto a um terço.

Veja, sobre o assunto, o item a respeito do excesso nas justificativas.

Capítulo XXXVII

DA LEGÍTIMA DEFESA

1. INTRODUÇÃO

Alguns doutrinadores, como Geib, mencionado por Luis Carlos Pérez, sustentam que o instituto da legítima defesa não possui história. O que Geib propõe é a ideia de que a impunidade do agente que pratica o fato em legítima defesa foi reconhecida em todos os tempos, inclusive entre os bárbaros. É opinião fundamentada na antiga tradição grega explicada por Cícero, para quem o instituto constitui parte importante do Direito natural. Sob o Cristianismo, tal ideia, baseada no Direito natural, foi substituída pela noção de que a resistência legítima contra a ofensa injusta constituía falta de dever de caridade. No antigo Direito francês, inspirado nessa noção, quem se defendia legitimamente devia solicitar cartas de graça para não ser condenado¹.

É inútil buscar entre os povos primitivos vestígios da legítima defesa. Encontraríamos entre eles formas primordiais de reação ao ataque, mas sem caráter algum de *direito*. Um homicídio ou lesão, segundo as circunstâncias do caso, eram considerados como ofensa ou vingança, como pena ou delito, mas sem a conceituação jurídica de hoje.

A noção jurídica da legítima defesa somente surgiu quando o Estado reclamou para si o castigo do autor em face da prática de uma ofensa pública ou privada. Somente aí é que se iniciou o processo evolutivo do direito de punir e do direito de liberdade: de um lado, o magistério estatal punitivo como forma de repressão ao delito; de outro, a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima de agressão.

1. Luis Carlos Pérez, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1967, t. 2, p. 159.

Reconhecida pelos antigos Códigos da Índia, Grécia e Roma, nos quais era permitido o exercício do direito de defender a vida e a honra, a ofensa legítima tomou entre os germanos uma característica particular derivada do direito de vingança e da privação da paz do agressor injusto.

Posteriormente, o Direito Canônico tirou da legítima defesa o caráter de direito, convertendo-a em necessidade escusável, submetida a penitências religiosas e à exigência de fuga do agredido, embora estatuinto o dever de defender a terceiro. Esse espírito permaneceu no Direito francês até que pela Revolução, renovando a tradição romana, decidiu-se pelo art. 5.º do CP de 1791 que no caso de homicídio legítimo, entendido como o praticado em legítima defesa, não existia crime ou pena. Essa ideia passou para os Códigos de todo o mundo.

Só o Estado tem o direito de castigar o autor de um delito. Nem sempre, porém, o Estado se encontra em condições de intervir direta ou indiretamente para resolver problemas que se apresentam na vida cotidiana. Se não permitisse a quem se vê injustamente agredido em determinado bem reagir contra o perigo de lesão, em vez de aguardar a providência da autoridade pública, estaria sancionando a obrigação de o sujeito sofrer passivamente a agressão e legitimando a injustiça. Como dizia Bettiol, isso não ocorre porque o Estado não desconhece a exigência que leva o indivíduo a reagir imediatamente quando ilicitamente agredido, em face de não poder esperar a ajuda da autoridade pública. Não se deve constranger a natureza humana e codificar um princípio de vileza ou de mera resignação, que nenhuma moral humana ou cristã pode apoiar. A defesa tem um conteúdo ético positivo porque a máxima evangélica de oferecer a outra face não contém uma máxima positiva. Trata-se de um conselho de caráter excepcional. A moral não pode ser contraposta ao instituto natural, que nos leva à defesa quando injustamente agredidos².

Diante da agressão injusta, não se exige a fuga. Conforme as circunstâncias, entretanto, é conveniente o *commodus discessus*, que constitui, no tema da legítima defesa, o cômodo e prudente afastamento do local, distinguindo-se da fuga.

2. NATUREZA JURÍDICA

Podemos estabelecer dois grupos de teorias que procuram fundamentar a legítima defesa:

2. Bettiol, *Diritto penale*; parte generale, 9. ed., Padova, CEDAM, 1976, p. 319; *Direito penal*; parte geral, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 370.

- a) teorias que entendem o instituto com escusa e causa de impunidade;
- b) teorias que fundamentam o instituto como exercício de um direito e causa de justificação.

As primeiras partem do seguinte princípio: o homicídio cometido em legítima defesa é voluntário, não se castigando o autor porque se fundamenta na conservação da existência. Teorias por demais restritas, uma vez que se baseiam exclusivamente no homicídio, deixando de lado outros bens jurídicos que podem ser lesados por vários crimes.

Entendemos que a legítima defesa constitui um direito e causa de exclusão da antijuridicidade. Não é certo afirmar que exclui a culpabilidade. Como dizia Bettiol, afirmar que constitui uma causa de isenção de culpabilidade supõe desconhecer o que há de mais característico na luta em que se vê o bem injustamente agredido. Não pode ser considerada ilícita a afirmação do próprio direito contra a agressão que é contrária às exigências do ordenamento jurídico. É uma causa de justificação porque não atua contra o direito quem comete a reação para proteger um direito próprio ou alheio ao qual o Estado, em face das circunstâncias, não pode oferecer a tutela mínima³. É a orientação seguida pelo nosso CP, ao afirmar que não há crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa (art. 23, II).

3. CONCEITO E REQUISITOS

Nos termos do art. 25 do CP, “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Requisitos:

- a) agressão injusta, atual ou iminente;
- b) direitos do agredido ou de terceiro, atacado ou ameaçado de dano pela agressão;
- c) repulsa com os meios necessários;
- d) uso moderado de tais meios;
- e) conhecimento da agressão e da necessidade da defesa (vontade de defender-se).

A ausência de qualquer dos requisitos exclui a legítima defesa.

3. Bettiol, ob. cit., p. 283 e 284.

4. AGRESSÃO INJUSTA, ATUAL OU IMINENTE. QUESTÕES VÁRIAS

Agressão é a conduta humana que ataca ou coloca em perigo um bem jurídico. O ataque de animais não enseja a legítima defesa, mas sim o estado de necessidade, pois a expressão “agressão” indica conduta humana.

E se o sujeito agredir um cão bravo contra a vítima? Trata-se de legítima defesa ou estado de necessidade?

Entendemos que se trata de um caso em que a agressão *humana* é praticada utilizando-se de um instrumento, que é o animal bravo, permitindo-se a legítima defesa.

A agressão pode ser *ativa* ou *passiva* (ação ou omissão). Tratando-se de conduta omissiva, é preciso que o agressor omitente esteja obrigado a atuar. Comete agressão o carcereiro que, diante do alvará de soltura, por vingança se nega a libertar o recluso.

Embora na maior parte das vezes a agressão se faça mediante violência (física ou moral), isso não é imprescindível. Ex.: A pode agir em legítima defesa contra B, que está prestes a cometer um furto mediante destreza contra C.

Exige-se que a agressão seja injusta, contrária ao ordenamento jurídico (ilícita). Se a agressão é lícita, a defesa não pode ser legítima. Assim, não comete o fato acobertado pela causa de exclusão de ilicitude quem repele uma diligência de penhora em seus bens realizada por um oficial de justiça munido de mandado judicial. A conduta do oficial, se bem que constitua agressão, não é injusta.

A injustiça da agressão deve ser analisada de forma objetiva, independentemente da consciência da ilicitude por parte do agressor, não precisando basear-se em intenção lesiva. É suficiente que o comportamento represente objetivamente uma ameaçadora lesão, pouco importando que não se ligue ao agressor pela voluntariedade. Assim, admite-se a excludente contra a conduta de um inimputável (doente mental ou menor de 18 anos). A inimputabilidade é causa de exclusão da culpabilidade e não da antijuridicidade. Assim, a conduta do inimputável, embora não culpável, é ilícita, constituindo a agressão injusta.

Admite-se legítima defesa contra quem pratica o fato acobertado por causa de exclusão da culpabilidade, como a coação moral irresistível (art. 22, 1.^a parte), a obediência hierárquica (art. 22, 2.^a parte) ou a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (CP, art. 28, § 1.^o)?

Tratando-se de causas que excluem a culpabilidade do agente, a ilicitude do fato praticado pelo agressor permanece íntegra, pelo que se admite

a defesa lícita. Assim, se o sujeito, sob coação moral irresistível, está prestes a agredir a vítima, esta pode reagir em legítima defesa.

Há legítima defesa contra legítima defesa? Duas pessoas, agindo uma contra a outra, podem encontrar-se em legítima defesa?

Não há legítima defesa contra legítima defesa (legítimas defesas recíprocas). Se *A* se encontra em legítima defesa contra *B*, é porque a conduta deste constitui agressão injusta. Ora, se o comportamento de *B* é *ilícito*, não pode ser ao mesmo tempo *lícito*.

E o caso dos dois naufragos que se agridem pela posse da *tabula unius capax*? Não se encontram em legítima defesa?

Trata-se de estado de necessidade contra estado de necessidade. Ambos agem lícitamente, pelo que a conduta de nenhum deles pode constituir “agressão injusta”.

Admite-se hipótese de legítimas defesas putativas recíprocas. Dois inimigos, armados, encontram-se. Ambos levam a mão na altura da cintura, à procura de um objeto qualquer. Os dois, supondo a iminência da agressão, sacam das armas e acionam os gatilhos, ferindo-se. Prova-se depois que nenhum dos dois pretendia agredir o outro. As duas tentativas de homicídio foram praticadas em legítima defesa putativa.

Admite-se legítima defesa contra estado de necessidade?

Quem age em estado de necessidade realiza uma conduta em que está ausente a antijuridicidade. Ausente a ilicitude, não se pode dizer que o comportamento constitui “agressão injusta”. Logo, os dois se encontram em estado de necessidade.

Admite-se legítima defesa real contra legítima defesa putativa?

Há legítima defesa putativa quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem. Não exclui a ilicitude do fato, mas a tipicidade do fato ou a culpabilidade do agente. Diante disso, a conduta que constitui a legítima defesa putativa é *injusta*, ensejando que o suposto agressor inicial pratique a ofensa legítima. Ex.: A ameaça *B* de morte. *A*, certo dia, encontrando-se com *B*, leva a mão à cintura, como se estivesse à procura da arma. *B*, supondo que vai ser alvejado com arma de fogo, empolga o seu revólver, estando prestes a atirar em *A*. Este, que apenas estava procurando um lenço, percebendo que se encontra na iminência de ser atingido, toma de *C* um revólver e mata *B*. *B* estava em legítima defesa putativa, pois, diante das circunstâncias (ameaça

anterior e menção suposta de *A* empolgar uma arma), supôs a iminência da agressão injusta. Como a legítima defesa putativa não exclui a ilicitude, a conduta de *B* era injusta, permitindo a legítima defesa real de *A*. Da mesma forma, admite-se legítima defesa real contra as outras descriminantes putativas (estado de necessidade putativo, estrito cumprimento de dever legal putativo e exercício regular de direito putativo).

Há também legítima defesa real contra legítima defesa subjetiva.

É possível legítima defesa putativa contra legítima defesa real?

É. Ex.: vejo um estranho prestes a atirar em meu pai. Supondo agir em legítima defesa de terceiro, atiro e o mato. Prova-se depois que o estranho estava em legítima defesa, na iminência de agressão injusta de meu pai. Pratiquei o ato em legítima defesa putativa contra a legítima defesa real do estranho.

Não é preciso que a agressão seja dolosa. A conduta culposa também pode atacar ou pôr em perigo o bem jurídico. O carcereiro que, por negligência, deixa de soltar o preso que já cumpriu a pena comete injusta agressão ao seu direito de liberdade, ensejando a repulsa legítima daquele.

É necessário que a agressão constitua um injusto penal? Não é preciso, bastando que o comportamento do agressor contrarie o direito (em sentido amplo).

A provocação do agredido exclui a injustiça da agressão?

A, embriagado, provoca *B*. Por esse motivo, *B* está na iminência de agredir o provocador. Este pode agir em legítima defesa? A provocação de *A* exclui a injustiça da iminente agressão de *B*?

Se a *provocação* não constitui *agressão*, não fica excluída a possibilidade de seu autor agir em legítima defesa. Não é razoável que diante da provocação inicial o seu autor fique à mercê do agressor. Agora, se a provocação constitui *agressão*, o provocador não pode agir em legítima defesa, pois a conduta agressiva do *provocado* é lícita. Se a conduta dele é legítima, o posterior comportamento do provocador não pode ser também legítimo, uma vez que não há legítima defesa contra legítima defesa. A hipótese não se confunde com o denominado “pretexto de legítima defesa” (“provocação intencional de situação de legítima defesa”). Ocorre quando a provocação é realizada com o fim de produzir uma situação de defesa legítima. É o caso de o sujeito provocar a agressão da vítima para matá-la. Nélson Hungria apresentava o seguinte caso: Tício, querendo eliminar Caio, de cuja mulher é amante, faz com que ele surpreenda o adultério, e quando Caio saca do punhal e investe furioso, Tício, de sobreaviso, mata-o com um tiro de revólver. Tício não poderá invocar a descriminante, embora a simples provoca-

ção de sua parte não autorizasse o ataque de Caio, pois a situação externa apenas em aparência era de legítima defesa, não passando, na realidade, de um ardis por ele próprio preparado, apresentando-se um homicídio doloso⁴.

A agressão, além de injusta, deve ser *atual* ou *iminente*.

Agressão *atual* é a presente, a que está acontecendo. Ex.: A está agredindo B a golpes de faca.

Agressão *iminente* é a que está prestes a ocorrer. Ex.: A está perseguindo B para atacá-lo a golpes de faca.

A reação do agredido é sempre *preventiva*: impede o início da ofensa ou sua continuidade, que iria produzir maior lesão.

Não há legítima defesa contra a agressão passada ou futura. Se a agressão já ocorreu, a conduta do agredido não é preventiva, tratando-se de vingança ou comportamento doentio. Se há ameaça de mal futuro, pode intervir a autoridade pública para evitar a consumação. Devemos admitir como aplicável ao nosso sistema penal a seguinte lição de Antolisei: a lesão do bem jurídico pode persistir e ser atual mesmo depois de consumado o delito que eventualmente constitui a agressão injusta. Se a conduta do agressor perdura, fazendo com que seja mais intensa a lesão do interesse, como ocorre nos delitos permanentes (ex.: sequestro), admissível é a legítima defesa do agredido enquanto exista a privação de sua liberdade⁵.

5. DIREITO DO AGREDIDO OU DE TERCEIRO ATACADO OU AMEAÇADO DE DANO PELA AGRESSÃO

Tendo em vista o titular do bem jurídico sujeito à agressão, há duas formas de legítima defesa:

a) *legítima defesa própria*: ocorre quando o autor da repulsa é o próprio titular do bem jurídico atacado ou ameaçado;

b) *legítima defesa de terceiro*: ocorre quando a repulsa visa a defender interesse de terceiro.

As duas formas estão previstas no art. 25, ao permitir a conduta do agente para repelir a injusta agressão “a direito seu ou de outrem”, que pode ser qualquer pessoa (física ou jurídica).

4. *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1977, v. 1, t. 2, p. 297.

5. *Manual de derecho penal*, p. 220.

Qualquer bem jurídico pode ser protegido através da ofensa legítima, não se fazendo distinção entre bens pessoais e impessoais (vida, incolumidade pessoal, honra, pudor, liberdade, tranquilidade doméstica, patrimônio, poder familiar etc.).

Pode haver legítima defesa de terceiro no sentido de evitar que atente contra sua incolumidade física. De Marsico, seguido entre nós por José Frederico Marques, entende que o interveniente defende a pessoa que inflige a si própria o perigo de dano e também o Estado, titular mediato do direito à incolumidade pessoal⁶. O mesmo se diga da intervenção para impedir suicídio, se bem que entendemos tratar-se de causa de exclusão da tipicidade (CP, art. 146, § 3.º, II).

6. REPULSA COM OS MEIOS NECESSÁRIOS

Somente ocorre a causa de justificação quando a conduta de defesa é *necessária* para repelir a agressão.

Não há dificuldade quando o sujeito agredido se limita à simples *defesa*, como aparar o golpe com o braço. Neste caso, a conduta do agredido não constitui fato típico, não havendo problema em relação à antijuridicidade. A questão da necessidade surge na denominada legítima defesa *ofensiva*, *i. e.*, quando o comportamento do agredido constitui fato típico.

A medida da repulsa deve ser encontrada pela natureza da agressão em face do valor do bem atacado ou ameaçado, circunstâncias em que se comporta o agente e meios à sua disposição para repelir o ataque. O meio escolhido deixará de ser necessário quando se encontrarem à sua disposição outros meios menos lesivos. O sujeito que repele a agressão deve optar pelo meio produtor do menor dano. Se não resta nenhuma alternativa, será necessário o meio empregado. Como lembrava Nélson Hungria, não se trata de *pesagem em balança de farmácia*, mas de uma aferição ajustada às condições de fato do caso concreto. Não se pode exigir uma perfeita adequação entre o ataque e a defesa, desde que o *necessário* meio tinha de acarretar, por si mesmo, inevitavelmente, o rompimento da referida equação. Um meio que, à primeira vista, parece desnecessário, não será tal se as circunstâncias demonstrarem sua *necessidade in concreto*⁷, Mezger, analisando o problema,

6. De Marsico, *Diritto penale; parte generale*, 1937, p. 107; José Frederico Marques. *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 2, p. 123.

7. Ob. cit., p. 302.

ensina que não é exigida uma absoluta paridade entre ataque e defesa: em caso de necessidade, pode o agredido recorrer ao emprego dos meios mais graves, v. g., a morte do agressor para defender-se contra o ataque dirigido ao seu interesse juridicamente tutelado, ainda quando este último seja, p. ex., um interesse patrimonial. Em tais hipóteses, o que é imprescindível é que o agredido não tenha à sua disposição um meio menos grave de repelir o ataque⁸.

Repelindo a agressão injusta, o agente pode lesar o bem de terceiro inocente. Ex.: A, na iminência de ser alvejado a tiros de revólver por B, empolga sua arma de fogo e atira na direção do agressor, vindo a ferir C. Aníbal Bruno afirmava que se trata de estado de necessidade e não de legítima defesa, pois falta à violação o caráter de reação contra agressão injusta⁹. Nélson Hungria também entendia que não há legítima defesa: a excludente inexistente fora de suas condições objetivas, entre as quais a de que a repulsa seja exercida contra o injusto agressor: mas aplica-se a regra sobre o antigo erro de fato, *i. e.*, o agente não responderá, sequer, a título de culpa, se o erro for escusável¹⁰. Cremos que a razão está com Magalhães Noronha, ao afirmar que na repulsa legítima pode “o defendente atingir outra pessoa (*aberratio ictus*). O fato, consoante a regra do art. 73, deve ser considerado como se praticado fora contra o agressor”¹¹. O art. 73 do CP reza o seguinte: “Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela”. Extrai-se o princípio seguinte: quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, em vez de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, é como se tivesse praticado o fato contra aquela. Assim, aplicando-se a interpretação sistemática, chega-se à conclusão de que no exemplo citado é como se o agredido tivesse atingido o agressor. Além disso, o art. 25 fala em *repelir injusta agressão*, pelo que não exige que a reação atinja bem jurídico do agressor. Não se pode dizer que haja estado de necessidade, pois o art. 24 fala em “perigo atual”, enquanto, no exemplo, nós encontramos “agressão”. Por último, a conduta do agredido é perfeitamente lícita, motivo pelo qual a questão não pode ser resolvida em face da culpabilidade, que pressupõe a existência da ilicitude na conduta do agente.

8. *Tratado de derecho penal*, trad. esp. Muñoz, v. 1, p. 385.

9. *Direito penal*, Forense, 1978, v. 1, t. 1, p. 381 e 382.

10. Ob. cit., p. 297.

11. *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 204.

7. MODERAÇÃO NA REPULSA NECESSÁRIA

O requisito da moderação na reação necessária é muito importante porque delimita o campo em que pode ser exercida a excludente, sem que se possa falar em excesso.

Encontrado o meio necessário para repelir a injusta agressão, o sujeito deve agir com moderação, *i. e.*, não empregar o meio além do que é preciso para evitar a lesão do bem próprio ou de terceiro. Caso contrário, desaparecerá a legítima defesa ou aparecerá o excesso culposos.

8. O ELEMENTO SUBJETIVO DA LEGÍTIMA DEFESA: CONHECIMENTO DA SITUAÇÃO DE AGRESSÃO E DA NECESSIDADE DE DEFESA

A par dos requisitos de ordem objetiva, previstos no art. 25 do CP, a legítima defesa exige requisitos de ordem subjetiva: é preciso que o sujeito tenha conhecimento da situação de agressão injusta e da necessidade da repulsa. Assim, a repulsa legítima deve ser objetivamente necessária e subjetivamente conduzida pela vontade de se defender¹². Como ensina Welzel, a ação de defesa é aquela executada com o propósito de defender-se da agressão. Aquele que se defende tem de conhecer a agressão atual e ter vontade de defesa¹³. A falta dos requisitos de ordem subjetiva leva à ilicitude da repulsa (fica excluída a legítima defesa). Ex.: agressor que, sem saber, antecipa-se à agressão atual da vítima (Welzel).

9. EXCESSO

Em face da agressão injusta, o agredido pode conscientemente empregar um meio desnecessário para evitar a lesão do bem. Ex.: o sujeito mata a criança que se encontra furtando frutas em seu pomar. Neste caso, ausente um dos requisitos previstos no art. 25 (necessidade da repulsa concreta), responde por homicídio doloso. É possível que, não obstante empregando o *meio* necessário, o sujeito seja *imoderado* em sua conduta. Surge o denominado excesso na legítima defesa, que pode ser doloso ou culposos. Se o excesso é doloso, responde pelo fato praticado durante o excesso a título de

12. Johannes Wessels, ob. cit., p. 72.

13. Ob. cit., p. 125.

dolo. O excesso pode não ser doloso, resultante de erro do agente. Então, cumpre distinguir se é escusável ou inescusável, se derivado de erro de tipo permissivo ou erro de proibição, com efeitos diversos. Se o excesso deriva de caso fortuito, subsiste a legítima defesa.

Assim, o excesso pode ser:

a) doloso;

b) culposo (a forma fortuita não oferece grande interesse).

A condição essencial para que exista excesso, como ensinava Soler, é a preexistência de uma situação objetiva de legítima defesa. Deve haver uma agressão injusta, de modo que o excesso se refere aos limites da conduta do agredido, não à sua inicial licitude. Por isso, chama-se de excesso à intensificação desnecessária de uma conduta inicialmente justificada¹⁴. É de grande importância observar que o excesso consiste na intensificação da conduta. Para reconhecer que há excesso é preciso admitir que se encontram presentes as condições básicas da legítima defesa e que uma delas, a proporcionalidade, encontra-se hipertrofiada.

Podemos situar o problema em dois casos:

a) o agente, *desde o início de sua conduta*, emprega um meio desnecessário ou emprega imoderadamente um meio necessário: há exclusão da legítima defesa, pois a conduta não estava inicialmente justificada;

b) inicialmente, o sujeito emprega moderadamente o meio necessário, mas vai além, agindo imoderadamente: neste caso é que se fala em excesso na legítima defesa.

Como se nota, ligamos o problema do excesso à imoderação do agente. A questão, porém, não é pacífica, pois alguns autores admitem o excesso quer pelo emprego de meios desnecessários, quer pelo emprego de imoderação. Assim, segundo Odin Americano, para haver excesso é necessário: “a) injusta agressão, atual ou iminente; b) repulsa imoderada da agressão ou emprego dos meios desnecessários; c) culpa da imoderação nesse emprego de meios desnecessários”¹⁵.

Os nossos Tribunais admitem o excesso quer na imoderação, quer no emprego de meios desnecessários.

Há excesso doloso quando o sujeito conscientemente vai além do necessário para repelir a agressão. Ex.: já prostrado seu agressor, que não

14. *Derecho penal argentino*, TEA, 1978, v. 1, p. 371.

15. *Legítima defesa*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, p. 175.

pode continuar a agressão, o agredido prossegue na conduta de feri-lo. De uma conduta lícita passa a um comportamento ilícito. Responde por crime doloso (CP, art. 23, parágrafo único).

É comum dizer que o excesso doloso exclui a legítima defesa. Essa opinião deve ser acatada com reservas. O excesso doloso exclui a legítima defesa a partir do momento em que o agente pratica a conduta constitutiva do excesso, pois antes disso se encontrava acobertado pela discriminante. Ex.: para repelir a injusta agressão o sujeito causa lesão corporal grave no agressor, presentes os requisitos da necessidade e da proporcionalidade. Já prostrado o agressor, o agente continua a feri-lo, causando, nesta segunda fase, lesões corporais leves. Se o excesso doloso excluísse a legítima defesa, deveria responder por crime de lesão corporal grave. Ocorre que o agente causou a lesão grave quando se encontrava em legítima defesa. Logo, deve responder pelo fato praticado durante o excesso: lesão corporal leve (dolosa).

Pode ser que o agente não tenha querido o excesso, tendo este decorrido de um erro de cálculo quanto à gravidade do ataque ou quanto ao modo da repulsa. Neste caso, é preciso distinguir. Tratando-se de erro escusável, invencível, *i. e.*, erro que qualquer homem cometeria em face das circunstâncias, o agente fica isento de pena por ausência de dolo e culpa (chamada legítima defesa subjetiva). Neste caso, trata-se de erro de tipo, previsto no art. 20, § 1.º, 1.ª parte: o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (tornaria a reação legítima defesa real). Ele supõe, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que incide sobre o cálculo quanto à gravidade do ataque ou quanto ao modo da repulsa, encontrar-se ainda na situação de necessidade de reagir. Há erro de tipo escusável, excludente de dolo e culpa. Cuidando-se de erro inescusável, vencível, *i. e.*, que o homem equilibrado não deveria cometer, advindo de imponderação, desatenção, o agente responde por crime culposos, se prevista a modalidade culposa para o fato, surgindo o excesso culposos, contido no art. 23, parágrafo único, do CP. Trata-se da chamada culpa imprópria, em que o resultado é previsto e querido, porém, como o agente não quis o excesso, realizando a conduta em face de erro de tipo vencível, há exclusão do dolo, subsistindo a culpa. É a aplicação do disposto no art. 20, § 1.º, pertinente ao erro culposos. Verifica-se que o excesso é culposos; o resultado, doloso. Culpa no antecedente (na conduta culposa) e dolo no consequente (resultado).

É possível, entretanto, que o erro do sujeito não recaia sobre os requisitos fáticos da legítima defesa, mas sobre seus limites normativos, *v. g.*, sobre a injustiça da agressão. Nesse caso, trata-se de erro de proibição, incidindo sobre a ilicitude do fato. Aplica-se o art. 21 do CP: se escusável,

há exclusão da culpabilidade; se inescusável, o sujeito responde pelo resultado produzido durante o excesso a título de dolo, com a pena diminuída de um sexto a um terço (art. 21, *caput*, parte final).

Pode ocorrer que, durante a conduta constitutiva do excesso voluntário (doloso), o sujeito venha a:

- a) matar o anterior agressor;
- b) feri-lo;
- c) errar o alvo.

Pressupondo, nas hipóteses, p. ex., que tenha disparado tiros de revólver no anterior agressor para matá-lo, as soluções são as seguintes: no caso *a* responde por homicídio doloso; nos casos *b* e *c*, por tentativa de homicídio (doloso).

No excesso involuntário, derivado de erro de tipo escusável, pode ocorrer, no mesmo exemplo, que venha a:

- a) matar o anterior agressor;
- b) feri-lo;
- c) errar o alvo.

Nos três casos, não responde pelo fato por exclusão de dolo e culpa.

No excesso involuntário, derivado de erro de tipo inescusável, pode ocorrer, no mesmo exemplo, que o agente venha a:

- a) matar o anterior agressor;
- b) feri-lo;
- c) errar o alvo.

Na hipótese *a*, responde por homicídio culposo (CP, art. 23, parágrafo único, c/c o art. 20, § 1.º, parte final). Nas hipóteses *b* e *c*, responde por tentativa de homicídio culposo. Note-se que o excesso é culposos, mas o resultado é doloso, determinando o CP, entretanto, que se aplique a pena do crime culposos. Não obstante ter agido com dolo no sentido do resultado, se mata o anterior agressor, responde por homicídio culposos; se tenta matar, por tentativa de homicídio culposos. É a chamada culpa imprópria, que admite a figura da tentativa¹⁶. Convém ficar consignado que para nós, na denominada culpa imprópria, há na verdade um crime doloso a que se aplica a pena do delito culposos.

16. No sentido do texto: Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 1, t. 2, p. 85, n. 63. Contra: Marcello Jardim Linhares, entendendo que na hipótese *b* o sujeito responde por lesão corporal culposa; no caso *c*, segundo o autor, “não há crime” (*Legítima defesa*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 259 e 260).

Dá-se o nome de *excesso intensivo* (*excesso nos meios, na ação ou reação*) “à intensificação desnecessária de uma ação inicialmente justificada” (Soler, *Derecho penal argentino*, 1970, v. 1, p. 371). Ex.: o sujeito é agredido injustamente. Reage licitamente do ponto A ao B. De B em diante, não obstante não mais necessária a reação, prossegue agindo, ultrapassando os limites da conduta imposta pela situação. É o tipo de excesso previsto no art. 23, parágrafo único, do CP, respondendo o sujeito por dolo ou culpa. Difere do *excesso extensivo* (*excesso na causa*), hipóteses em que o autor simula uma situação de legítima defesa (pretexto de justificação) ou há desproporção entre a agressão e a reação (ex.: morte de uma criança que, na feira, estava furtando uma maçã). Neste caso, o *excesso extensivo* exclui as características da legítima defesa.

10. LEGÍTIMA DEFESA SUBJETIVA. LEGÍTIMA DEFESA SUCESSIVA. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Legítima defesa subjetiva é o excesso por erro de tipo escusável, que exclui o dolo e a culpa (CP, art. 20, § 1.º, 1.ª parte). Encontrando-se inicialmente em legítima defesa, o agente, por erro quanto à gravidade do perigo ou quanto ao modo da reação, plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe ainda encontrar-se em situação de defesa.

Legítima defesa sucessiva é a repulsa contra o excesso. Ex.: A, defendendo-se de agressão injusta praticada por B, comete excesso. Então, de defendente passa a agressor injusto, permitindo a defesa legítima de B.

Há legítima defesa putativa quando o agente, por erro de tipo ou de proibição plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe encontrar-se em face de agressão injusta (arts. 20, § 1.º, 1.ª parte, e 21). Não se confunde com a legítima defesa subjetiva. Nesta, há o ataque inicial, excedendo-se o agente por erro de tipo escusável. Na legítima defesa putativa, o agente supõe a existência da agressão ou sua injustiça (respectivamente, erro sobre a situação de fato ou sobre a injustiça da agressão, *i. e.*, sobre a antijuridicidade).

11. LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE

Diferenças:

a) no estado de necessidade há conflito entre bens jurídicos; na legítima defesa há ataque ou ameaça de lesão a um bem jurídico;

b) no estado de necessidade o bem jurídico é exposto a *perigo* (atual ou iminente); na legítima defesa o interesse sofre uma “agressão”;

c) no estado de necessidade o perigo pode advir de conduta humana, força da natureza ou de ataque de irracional; só há legítima defesa contra agressão humana;

d) no estado de necessidade o necessitado pode dirigir sua conduta contra terceiro alheio ao fato; na legítima defesa o agredido deve dirigir seu comportamento contra o agressor;

e) na legítima defesa a agressão deve ser injusta; no estado de necessidade pode ocorrer a hipótese de duas pessoas, titulares de bens juridicamente protegidos, causarem lesões recíprocas. Ex.: no caso dos dois naufragos que se agredem pela posse da tábua de salvação, os bens jurídicos em litígio são juridicamente protegidos. O perigo não está na conduta de A contra B, e vice-versa; está na iminência da morte por afogamento. Para fugir à morte, admite-se que A mate B, e vice-versa. As duas agressões são lícitas, tratando-se de estado de necessidade contra estado de necessidade, ao contrário do que acontece na legítima defesa em que é exigida a agressão injusta. Daí afirmar José Frederico Marques que “o ataque lícito a um bem jurídico somente dará lugar à reação que se configure como prática de fato necessitado. Se o agente pratica o fato necessitado e o titular do bem jurídico repele a ação lesiva, a reação deste último não se enquadra na legítima defesa porquanto o fato necessitado não constitui agressão ‘injusta’, e sim, ato lícito”¹⁷.

A legítima defesa pode coexistir com o estado de necessidade. Ex.: A, para defender-se da agressão injusta de B, lança mão de uma arma que se encontra na posse de C. Há legítima defesa contra B; estado de necessidade contra C.

12. OFENDÍCULOS

Ofendículo significa obstáculo, impedimento ou tropeço. Em sentido jurídico, significa aparato para defender o patrimônio, o domicílio ou qualquer bem jurídico de ataque ou ameaça. Ex.: cacos de vidro no muro, ponta de lança na amurada, armas de fogo que disparam mediante dispositivo predisposto, corrente elétrica na maçaneta da porta, corrente elétrica na cerca, células fotoelétricas que acendem luzes e automaticamente fecham portas, dispositivos eletrônicos que liberam gases, arame farpado no portão etc.

17. Ob. cit., p. 137.

Há autores que distinguem os *ofendículos* da *defesa mecânica predisposta*. Para eles, os ofendículos podem ser percebidos facilmente pelo agressor, como os cacos de vidro sobre a amurada, pontas de lança etc., que opõem uma resistência normal, notória e conhecida, que advertem, prevenindo, a quem tenta violar o direito alheio. Nestes casos, afirmam, o sujeito se encontra no exercício regular de um direito, aplicável ainda na hipótese de resultados danosos produzidos na pessoa do violador. Pelo contrário, nas hipóteses de defesa mecânica predisposta, o aparato se encontra oculto, ignorado pelo atacante, como no caso da cerca eletrificada, e disso resulta geralmente a sua eficácia. Em face disso, afirmam, os casos devem ser resolvidos nos termos da legítima defesa, desde que presentes os seus requisitos¹⁸. Para nós, porém, nos dois casos é mais correta a aplicação da justificativa da legítima defesa. A predisposição do aparelho, de acordo com a doutrina tradicional, constitui exercício regular de direito. Mas, quando funciona em face de um ataque, o problema é de legítima defesa preordenada, desde que a ação do mecanismo não tenha início até que tenha lugar o ataque e que a gravidade de seus efeitos não ultrapasse os limites da excludente da ilicitude. A agressão injusta ocorre, v. g., quando o ladrão tenta forçar a fechadura da porta interna da residência.

De ver, contudo, que adotada a teoria da imputação objetiva, a predisposição do ofendículo é atípica, sem prejuízo do reconhecimento da legítima defesa preordenada na hipótese de agressão.

A solução das várias hipóteses depende do caso concreto. Assim, se o proprietário eletrifica a maçaneta da porta da rua, responde pelo resultado produzido em terceiro que a toque (a título de culpa ou dolo). Se eletrifica a maçaneta de uma porta interna contra ataque de ladrão, encontra-se em legítima defesa. Se o dono de uma fazenda eletrifica a cerca de local onde passam crianças, responde pelo resultado causado em algumas delas. Se, satisfeitos os requisitos da justificativa, há ferimento em terceiro inocente, trata-se de legítima defesa putativa.

18. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, t. 4, p. 244 e s.; Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 1, p. 324 e 325; Raul Goldstem, *Dicionário de derecho penal*, Buenos Aires, Omeba, 1962, p. 140 e 141.

Capítulo XXXVIII

ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

1. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Determina o art. 23, III, do CP, que não há crime quando o sujeito pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal.

É causa de exclusão da antijuridicidade.

Há casos em que a *lei* impõe determinado comportamento, em face do que, embora típica a conduta, não é ilícita. Exemplos de dever legal imposto a funcionário ou agente do Estado:

a) fuzilamento do condenado pelo executor: a conduta do carrasco é típica, uma vez que se enquadra na descrição do crime de homicídio (art. 121, *caput*); a antijuridicidade é excluída pelo cumprimento do dever legal;

b) morte do inimigo no campo de batalha;

c) prisão em flagrante realizada pelo policial.

A excludente só ocorre quando há um dever imposto pelo direito objetivo. As obrigações de natureza social, moral ou religiosa, não determinadas por lei, não se incluem na justificativa. O dever pode estar contido em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do poder público, desde que tenha caráter geral. A resolução administrativa particular pode ensejar a obediência hierárquica (CP, art. 22, 2.^a parte).

O dever pode ser imposto por qualquer lei, seja penal, seja extrapenal.

A atividade pode ser pública ou privada.

É necessário que o sujeito pratique o fato no *estrito* cumprimento do dever legal. Fora daí, a conduta torna-se ilícita.

Exige-se que o sujeito tenha conhecimento de que está praticando o

fato em face de um dever imposto pela lei. Caso contrário, o fato é ilícito, uma vez que se encontra ausente o requisito subjetivo da excludente.

2. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

O art. 23, III, parte final, do CP determina que não há crime quando o agente pratica o fato no exercício regular de direito.

A expressão *direito* é empregada em sentido amplo, abrangendo todas as espécies de direito subjetivo (penal ou extrapenal). Desde que a conduta se enquadre no exercício de um direito, embora típica, não apresenta o caráter de antijurídica. Ex.:

- a) prisão em flagrante realizada por um particular;
- b) liberdade de censura prevista no art. 142 do CP;
- c) direito de retenção permitido pelo CC;
- d) direito de correção do pai em relação ao filho.

O Código fala em exercício *regular* de direito, pelo que é necessário que o agente obedeça, rigorosamente, aos requisitos objetivos traçados pelo poder público. Fora daí, há abuso de direito, respondendo o agente pelo fato constitutivo da conduta abusiva. Exige-se, também, o requisito subjetivo: conhecimento de que o fato está sendo praticado no exercício regular de um direito.

3. INTERVENÇÕES MÉDICAS E CIRÚRGICAS

As intervenções médicas e cirúrgicas, segundo a doutrina clássica, constituem exercício regular de direito.

Parte da doutrina entende que nesses casos a exclusão da ilicitude ocorre por força do estado de necessidade. De observar, porém, que nem sempre se acham presentes os requisitos do fato necessário. Assim, é possível a prática de uma cirurgia sem que o paciente esteja sofrendo perigo atual ou iminente à sua vida ou integridade corporal. Além disso, só pode praticá-la a pessoa habilitada para o exercício da Medicina. O estado de necessidade apenas ocorre em casos excepcionais, quando o leigo, em face da impossibilidade absoluta de socorrer-se de um médico, realiza a intervenção para salvar a vida ou a saúde de terceiro de perigo certo e atual ou iminente.

Trata-se de uma prática permitida pelo Estado e realizada de acordo com os meios e regras admitidos. Se o Estado reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica, como dizia Aníbal Bruno, impondo para

o seu exercício especiais condições de preparação técnica e a exigência da habilitação especial, tem de reconhecer como legítimos os atos que a sua prática regularmente comporta, com os riscos a ela inerentes. Executando-os, o médico exercita uma conduta legítima, que, salvo hipóteses de irregularidade dolosa ou culposa, não pode resultar em incriminação¹. Hoje, adotada por nós a teoria da imputação objetiva, a conduta do médico, realizando, por exemplo, uma cirurgia, é atípica. Ele se coloca em posição de “garante”, de modo que somente pode ser-lhe atribuída uma afetação dos bens jurídicos do paciente em face de violação do dever de cuidado quando, efetivamente, assumiu a obrigação de tratamento.

4. VIOLÊNCIA ESPORTIVA

Constitui crime a prática esportiva violenta de que resultam lesões corporais?

A prática de vários esportes, como o futebol, o boxe e a luta livre, pode produzir resultados danosos. Desde que haja obediência irrestrita às regras do jogo, os seus autores não respondem por crime, encontrando-se acobertados pela excludente do exercício regular de direito, de acordo com a doutrina clássica. Cuida-se, mais uma vez, de prática autorizada e fiscalizada pelo Estado, pelo que seu exercício não constitui fato ilícito. É evidente que o Estado não autoriza ferir ou matar, mas praticar o esporte de acordo com as regras determinadas, no qual normalmente pode ocorrer dano. A conduta do jogador é perfeitamente lícita, pelo que os resultados danosos que acidentalmente ocorrem também ficam acobertados pela licitude. Como dizia Magalhães Noronha, se o participante se conserva estritamente nos limites da regra do esporte, por piores que sejam as consequências (como a morte), a conduta é lícita². Se o participante não se conserva dentro das regras do jogo, responde pelo resultado lesivo (a título de dolo ou culpa). De ver, contudo, que, adotada a teoria da imputação objetiva, as afetações jurídicas no esporte, quando obedecidas as regras, são atípicas. Trata-se de um caso de “risco permitido”. Aplica-se o princípio de confiança, esperando cada contendor que os adversários obedeçam às regras do esporte.

5. CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O CP de 1890, em seu art. 26, *c*, determinava que o consentimento do ofendido não excluía a intenção criminosa, salvo nos casos em que a lei só

1. *Direito penal*, Forense, 1978, v. 1, t. 2, p. 12.

2. *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 214.

a ele permitia a ação criminal. A disposição tratava do consento do ofendido manifestado após a prática do crime e a expressão “ação criminal” era empregada no sentido de “ação penal” e não de conduta criminosa. Daí as observações de Lima Drummond: “O consentimento posterior não evitaria, porém, a responsabilidade criminal do agente, a menos que esse consentimento se traduzisse em perdão como causa extintiva da ação penal em crimes de ação privada. Naturalmente, por isso, o legislador brasileiro estabeleceu no CP, art. 26, c, que não dirime nem exclui a intenção criminosa o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite a ação criminal. É imprópria a terminologia do CP, porque, nos casos excepcionais em que a lei só ao ofendido permite ação criminal, o consentimento do ofendido não dirime, nem exclui, propriamente, a intenção criminosa, se esse consentimento é posterior. O consentimento posterior impede que se inicie a ação penal nos crimes de ação privada”³.

O Projeto Sá Pereira, em sua feição primitiva, conceituava o consentimento do ofendido como causa de isenção de pena “quando o objeto do crime for um bem ou um interesse jurídico de que o respectivo titular possa validamente dispor”.

O Projeto Alcântara Machado, em seu art. 14, I, determinava: “Não será também punível aquele que praticar a ação ou omissão com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito ameaçado ou violado”. A Comissão Revisora, porém, entendeu desnecessária a disposição, motivo pelo qual o CP de 1940 não tratou da matéria. Nem a reforma penal de 1984.

O consentimento do ofendido pode funcionar como:

- a) causa excludente da tipicidade;
- b) causa excludente da antijuridicidade.

Quando a figura típica contém o dissentimento do ofendido como elemento específico, o consenso funciona como causa de exclusão da tipicidade. Ex.:

a) o crime de violação de domicílio possui a seguinte descrição: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências” (art. 150, *caput*);

b) o art. 164, descrevendo um subtipo de crime de dano, tem a seguinte redação: “Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo”;

3. Paulo Domingues Vianna, Segundo as preleções de Lima Drummond, *Direito criminal*, 6. ed., Rio de Janeiro, Briguiet, 1936, p. 115 e 116.

c) o crime de estupro tem a seguinte descrição: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (art. 213, *caput*, com a redação dada pela Lei n. 12.015/2009).

Nos três casos apontados, o dissenso do ofendido funciona como elemento dos tipos. Assim, a presença do consentimento da vítima torna atípicos os fatos (em regra, como veremos). No crime do art. 150, se o titular do bem jurídico consente na entrada do agente, o fato por este cometido é atípico, *i. e.*, não se amolda à definição legal.

Quando a figura típica não contém o dissentimento do ofendido como elementar, tratando-se de pessoa capaz e disponível o bem jurídico, a doutrina clássica ensina que o consenso funciona como causa de exclusão da antijuridicidade. Exs.:

a) não há crime de dano (art. 163) quando o titular do bem jurídico consente em que seja danificado, destruído ou deteriorado;

b) não há crime de injúria (art. 140) quando o titular da honra subjetiva consente em que seja maculada;

c) não infringe direito de autor (art. 184) quem pratica o fato com o consentimento do titular.

De ver, contudo, que, adotada a teoria da imputação objetiva, o consenso, nesses casos, passa a constituir hipótese de exclusão da tipicidade, desde que presentes seus requisitos.

Nestes casos, para que o consentimento tenha eficácia, há a necessidade de dois requisitos:

a) Que o bem jurídico seja disponível: tratando-se de bem jurídico indisponível o fato é ilícito. Ex.: praticar homicídio com o consentimento da vítima. O fato constitui crime de homicídio, embora possa ocorrer causa de diminuição de pena (CP, art. 121, § 1.º; relevante valor moral; v., também, o art. 129, § 4.º).

b) Que o ofendido seja *capaz* de consentir: é necessário que a vontade seja expressa por quem já atingiu a capacidade penal, aos 18 anos de idade, não eivada de qualquer causa que lhe retire o caráter de validade (inimputabilidade por doença mental, erro, dolo ou violência)⁴.

4. Bettiol, *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 399. Soler, porém, entendia que o consentimento deve ser dado “por pessoa civilmente capaz” (*Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 1, p. 330). Entre nós, José Frederico Marques, apoiado na lição de Maggiore, ensinava que o consenso é válido quando manifestado por pessoa de capacidade

O consenso deve ser manifestado antes ou durante a prática do fato. Se posterior, não tem força de excluir o crime, podendo valer como renúncia ou perdão nos casos de ação penal privada (CP, arts. 104 e 105).

civil plena, adquirida aos 21 anos de idade (ob. cit., p. 150). Para nós, se estamos cuidando de matéria penal, a capacidade deve ser analisada em face do próprio CP, que determina a maioridade aos 18 anos de idade (art. 27). De observar que nos crimes contra os costumes (atualmente designados “crimes contra a dignidade sexual”) o consentimento da ofendida não tem validade quando ela não é maior de 14 anos (art. 224, *a*). Anote-se, ainda, que a Lei n. 12.015, de 2009, modificou o regime jurídico da presunção de violência, substituindo-o pelo conceito de vulnerabilidade, conforme consta do art. 217-A do CP. De qualquer modo, nos crimes contra a dignidade sexual cometidos contra vulneráveis, o consentimento é inválido.

Capítulo XXXIX

DO CONCURSO DE PESSOAS

1. INTRODUÇÃO

A forma mais simples da prática delituosa consiste na intervenção de uma só pessoa e mediante uma conduta positiva ou negativa. Assim, p. ex., *A* desfecha tiros de revólver em *B*, que vem a falecer em consequência dos ferimentos (comportamento positivo); ou deixa de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada (conduta negativa).

A infração penal, porém, nem sempre é obra de um só homem. Com alguma frequência, é produto da concorrência de várias condutas referentes a distintos sujeitos. Por vários motivos, quer para garantir a sua execução ou impunidade, quer para assegurar o interesse de várias pessoas em seu consentimento, reúnem-se repartindo tarefas, as quais, realizadas, integram a figura delitiva. Assim, o crime de furto pode ser planejado por várias pessoas: uma rompe a porta da residência, outra nela penetra e subtrai bens, enquanto uma terceira fica de atalaia. Neste caso, quando várias pessoas concorrem para a realização da infração penal, fala-se em *codelinquência*, *concurso de pessoas*, *coautoria*, *participação*, *coparticipação* ou *concurso de delinquentes* (*concursum delinquentium*). O CP emprega a expressão “concurso de pessoas” (art. 29).

2. CONCURSO NECESSÁRIO E EVENTUAL

Os crimes podem ser monossubjetivos ou plurissubjetivos. Monossubjetivos são aqueles que podem ser cometidos por um só sujeito. Plurissubjetivos são os que exigem pluralidade de agentes. Assim, o homicídio é delito monossubjetivo, uma vez que pode ser praticado por uma só pessoa. A rixa, ao contrário, exige a participação de mais de duas pessoas.

Existem infrações que se condicionam ao concurso de mais de uma pessoa. A norma, todavia, não estende a punibilidade a todas. O fundamento da diversidade resulta: *a)* porque a lei, proibindo a conduta em razão de interesse público, protege o concorrente necessário, como é o caso dos crimes de corrupção de menores (definido no art. 244-B do ECA, com redação dada pela Lei n. 12.015/2009) e de usura; *b)* porque a lei pune somente o sujeito ativo do delito, e não aquele que praticou alguma conduta sofrendo a ação, como ocorre nos crimes de mediação para servir à lascívia de outrem, favorecimento da prostituição e rufianismo.

Em face da diversidade do modo de execução, os crimes plurissubjetivos apresentam várias formas. Há os crimes de condutas paralelas, de condutas convergentes e de condutas contrapostas. No primeiro caso, há comportamentos de auxílio mútuo, tendo os agentes a intenção de produzir o mesmo evento, como acontece no crime de quadrilha ou bando. No segundo, as condutas se manifestam na mesma direção e no mesmo plano, mas tendem a encontrar-se, com o que se constitui a figura típica, como na bigamia. Na terceira forma, os agentes realizam comportamentos contra a pessoa, que, por sua vez, comporta-se da mesma maneira e é também sujeito ativo do delito. É o caso da rixa.

Como se nota, existem hipóteses em que a pluralidade de sujeitos é da própria essência do tipo penal. Daí falar-se em crimes de concurso necessário ou plurissubjetivos. Os crimes monossubjetivos, ao contrário, podem ser cometidos por um só sujeito. Eventualmente, todavia, podem ser praticados por mais de um sujeito. Daí falar-se em concurso eventual.

Em face disso, existem duas espécies de concurso:

- a)* concurso necessário;
- b)* concurso eventual.

Cuida-se do concurso necessário no tocante aos crimes plurissubjetivos. Fala-se em concurso eventual quando, podendo o delito ser praticado por uma só pessoa, é cometido por várias. No primeiro, o concurso de pessoas é descrito pelo preceito primário da norma penal incriminadora, enquanto no segundo não existe essa previsão. Quando a pluralidade de agentes é elemento do tipo, cada concorrente responde pelo crime, mas este só se integra quando os outros contribuem para a formação da figura típica.

O princípio segundo o qual quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas (CP, art. 29), somente é aplicável aos casos de concurso eventual, com exclusão do concurso necessário. Nestes, como a norma incriminadora exige a prática do fato por mais de

uma pessoa, não há necessidade de estender-se a punição por intermédio da disposição ampliativa a todos os que o realizam. Eles estão cometendo o delito materialmente. São coautores. Isso não impede, entretanto, a participação, como ensinava Maggiori¹.

3. AUTORIA

Autor, em princípio, é o sujeito que executa a conduta expressa pelo verbo típico da figura delitiva². É o que *mata, provoca* aborto, *induz* alguém a suicidar-se, *constrange, subtrai, sequestra, destrói, seduz* ou *corrompe*, praticando o núcleo do tipo. É também autor quem realiza o fato por intermédio de outrem (autor mediato) ou comanda intelectualmente o fato (autor intelectual).

Há três teorias sobre a autoria:

- a) teoria restritiva;
- b) teoria extensiva;
- c) teoria do domínio do fato.

De acordo com a primeira, autor é quem realiza a conduta típica.

O conceito extensivo de autor fundamenta-se na causação do resultado: autor é quem dá causa ao evento. Assim, em princípio, é autor quem, realizando determinado comportamento, causa a modificação do mundo externo. Não é somente quem realiza as características do tipo penal, mas também aquele que, de qualquer maneira, contribui para a produção do resultado.

Welzel, em 1939, ao mesmo tempo que criou o finalismo, introduziu no concurso de pessoas a “teoria do domínio do fato”, partindo da tese restritiva e empregando um critério objetivo-subjetivo: autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias (“se”, “quando”, “onde”, “como” etc.). É uma teoria que se assenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado. Agindo no exercício desse controle, distingue-se do partícipe, que não tem o domínio do fato, apenas cooperando, induzindo, incitando etc. Constitui tese restritiva, aplicando critério objetivo-subjetivo. Não é inteiramente objetiva e nem subjetiva. É mista. Por isso é denominada “objetivo-subjetiva”. Além disso, exige apreciação caso a caso

1. *Derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1954, v. 2, p. 97.

2. Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, t. 2, p. 244.

em face da descrição do crime. Apresentando a finalidade como fundamento, como na teoria finalista da ação, é amplamente adotada pela doutrina: Welzel, Stratenwerth, Maurach, Wessels, Roxin, Schröder, Jescheck, Gallas, Blei, Zaffaroni, Muñoz Conde, Córdoba Roda, Rodríguez Devesa, Mir Puig, Bacigalupo, Enrique Cury e Bockelman; no Brasil: Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco, Nilo Batista, Luiz Régis Prado, Cezar Bittencourt, Pierangelli e Luiz Flávio Gomes. É a teoria que passamos a adotar. Em outras palavras, nossa posição adere à teoria do domínio do fato, que é uma tese que complementa a doutrina restritiva formal-objetiva, aplicando critério misto (objetivo-subjetiva). De notar, pois, que a teoria do domínio do fato não exclui a restritiva. É um complemento. Unem-se para dar solução adequada às questões que se apresentam envolvendo autores materiais e intelectuais, chefes de quadrilha, sentinelas, aprendizes, motoristas, auxiliares, indutores, incentivadores etc. Sob rigor científico, é mais um requisito da autoria do que uma teoria do concurso de pessoas.

A teoria do domínio do fato só é aplicável aos crimes dolosos, sejam materiais, formais ou de mera conduta. Nos culposos, inexistente distinção entre autoria e participação: é autor todo aquele que, mediante qualquer conduta, produz um resultado típico, deixando de observar o cuidado objetivo necessário.

Nosso CP adotou a teoria restritiva, uma vez que os arts. 29 e 62 fazem distinção entre autor e partícipe. Assim, o art. 62, III, agrava a pena em relação ao agente que “*executa* o crime, ou nele *participa*, mediante paga ou promessa de recompensa” (destaques nossos). Quem *executa* o crime é autor; quem induz, instiga ou auxilia, considera-se partícipe, desde que não detenha o domínio do fato. Isso, entretanto, não resolve certos problemas, como o da autoria mediata, em que o sujeito vale-se de outrem para cometer o delito. Daí a necessidade de a doutrina socorrer-se da teoria do domínio do fato que, aliada à restritiva, conjugam-se para dar adequação apropriada aos casos concretos. Realmente, o CP, na reforma de 1984, adotou a tese finalista, como pode ser demonstrado pela introdução do dolo na estrutura da conduta e na conceituação do erro de tipo e de proibição. Por coerência lógica, admitimos que também acolheu a teoria do domínio do fato.

4. RELAÇÃO COM A TEORIA DA CAUSALIDADE

No Brasil, a participação sempre esteve sujeita ao requisito do nexo de causalidade.

De ver-se, contudo, que a participação está ligada à tipicidade e à conduta e não ao nexo de causalidade. Cuida-se de uma hipótese de adequação típica de subordinação mediata, por extensão ou ampliação. Na

adequação típica de subordinação direta, como sabemos, o fato se amolda ao modelo legal de forma imediata, sem a interferência de outro dispositivo. Ex.: *A mata B*, agindo dolosamente. O fato se enquadra na figura do crime de homicídio (CP, art. 121, *caput*), não havendo necessidade de outra norma. Na adequação típica de subordinação mediata (ampliada ou por extensão), o fato não se enquadra imediatamente na norma penal incriminadora, exigindo-se para isso o concurso de outro dispositivo. É o que acontece na participação por induzimento, instigação e auxílio (cumplicidade), uma vez que a conduta do partícipe não se ajusta de forma imediata ao tipo, exigindo o emprego de outra disposição para o perfeito enquadramento: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” (CP, art. 29, *caput*). Assim, na participação existe ampliação espacial e pessoal do tipo, pois a descrição delitiva, com o concurso da regra do art. 29, não abrange somente o comportamento que se amolda imediatamente em seu núcleo, estendendo-se também às condutas que, de qualquer modo, concorrem para a realização do crime. Vê-se que nas formas de contribuição moral e material, fora da autoria, há extensão do tipo incriminador. De maneira que a concorrência acede à ação do executor material. Esta, sim, não prescinde do nexa com o resultado. Em suma, nos crimes materiais exige-se nexa de causalidade entre a ação e o resultado. Logo, o art. 13, *caput*, só é aplicável ao autor direto (quem matou, lesionou etc.), tendo em vista que a relação ali disciplinada é a objetiva, material, entre a conduta e o resultado. Já o art. 29, *caput*, que regula a extensão punitiva ao comportamento do partícipe, é de ordem normativa e não material.

5. FORMAS DE AUTORIA E DE CONCURSO DE PESSOAS EM FACE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Na teoria do domínio do fato, a autoria abrange:

- 1.º) autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata);
- 2.º) autoria intelectual;
- 3.º) autoria mediata; e
- 4.º) coautoria (reunião de autorias).

Na autoria propriamente dita (autoria direta individual e imediata), o autor ou executor realiza materialmente a conduta típica (executor material individual), age sozinho, não havendo indutor, instigador ou auxiliar. Ele tem o domínio da conduta.

Na autoria intelectual o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta. O CP agrava a pena do autor intelectual, referindo-se ao sujeito que “promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes” (art. 62, I).

Na autoria mediata, uma pessoa, o “sujeito de trás”, serve-se de outrem para praticar o fato, podendo a ele ser atribuída a “propriedade” do crime. Ele possui o domínio da vontade do executor, chamado de “instrumento”. Exs.: o hipnotizador sugere ao hipnotizado a prática de um delito; o sujeito constrange alguém, mediante grave ameaça, a assinar um documento falso. Nesses casos, não há participação, uma vez que o autor mediato tem o domínio do comportamento e da vontade de seu executor material. É autor. Será objeto de estudo em item especial.

Na coautoria (reunião de autorias), que constitui forma de autoria, o coautor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o verbo, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato. É a prática comunitária do crime. Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades. Há divisão de tarefas, de maneira que o crime constitui consequência das condutas repartidas, produto final da vontade comum. E nenhum deles é simples instrumento dos outros.

A coautoria pode ser:

- 1.º) direta; e
- 2.º) parcial ou funcional.

Na coautoria direta todos os sujeitos realizam a conduta típica. Ex.: diversas pessoas agredem a vítima produzindo-lhe lesões corporais.

Na coautoria parcial ou funcional há divisão de tarefas executórias do delito. Trata-se do chamado “domínio funcional do fato”, assim denominado porque alude à repartição de atividades (funções) entre os sujeitos. Os atos executórios do *iter criminis* são distribuídos entre os diversos autores, de modo que cada um é responsável por um elo da cadeia causal, desde a execução até o momento consumativo. As colaborações são diferentes, constituindo partes e dados de união da ação coletiva, de modo que a ausência de uma faria frustrar-se o delito. É por isso que cada um mantém o domínio funcional do fato. Exs.: no roubo, são divididas as ações de apoderamento do dinheiro, constrangimento dos sujeitos passivos mediante

ameaça, vigilância e direção do veículo; no estupro, um ameaça a vítima com emprego de arma e outro mantém com ela conjunção carnal.

Na coautoria (parcial ou funcional), como ficou consignado, parte da doutrina exige que a contribuição seja causal, *i. e.*, que a conduta de cada um dos autores seja de tal modo necessária que sem ela o crime não seria cometido. Caso contrário, há participação. Assim, no exemplo do sentinela (“campana”) do crime de roubo, será coautor ou partícipe, segundo a sua contribuição causal. Se, caso estivesse ausente, não se consumaria o assalto, deve ser tido coautor; se a sua ação apenas permitiu fuga mais rápida, deve ser considerado partícipe. Esse critério, entretanto, com base na teoria da relevância causal, não pode ser acatado pela nossa posição, como vimos, uma vez que só aceitamos o dogma da causalidade na autoria direta. No caso do vigia, como também nas hipóteses do motorista, do “aprendiz assistente” e do “informante”, sua consideração como coautor ou partícipe depende da presença do domínio final do fato e não do requisito da causalidade material. A contribuição do sentinela, *v. g.*, é penalmente relevante, ainda que não causal. Assim, ainda que não causal, a contribuição do partícipe é criminalmente relevante se facilitou ou reforçou a consecução do objetivo final.

A coautoria ainda pode ser:

- 1.º) simples. Ex.: dois executores da conduta típica;
- 2.º) complexa: um executor e outro coautor intelectual ou funcional.

O coautor pode ser:

- 1.º) direto: ele é um dos sujeitos que executa o verbo do tipo;
- 2.º) intelectual: na repartição de tarefas, é autor da ideia delituosa (caso do mandante que detém o domínio do fato) ou lhe incumbe organizar o plano criminoso;
- 3.º) funcional: cabe-lhe, na missão criminosa, executar parte do comportamento típico.

6. PARTICIPAÇÃO

Dá-se a participação propriamente dita quando o sujeito, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização (CP, art. 29). Ele não realiza a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas realiza uma atividade que contribui para a formação do delito. Chama-se partícipe. Assim, partícipe, na doutrina do domínio do fato, é quem efetiva um comportamento que não se adapta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime. São, pois, características da participação: 1.ª) a conduta não se amolda ao núcleo

da figura típica (o verbo); 2.^a) o partícipe não tem nenhum poder diretivo sobre o crime, *i. e.*, não possui o domínio finalista do fato. Contribui, por intermédio de conduta acessória, para a concretização do comportamento típico, mediante induzimento (determinação), instigação ou auxílio material (a chamada cumplicidade).

Distinguem-se autor, coautor e partícipe. O autor detém o domínio do fato; o coautor, o domínio funcional do fato, tendo influência sobre o “se” e o “como” do crime; o partícipe só possui o domínio da *vontade* da própria conduta, tratando-se de um “colaborador”, uma figura lateral, não tendo o domínio finalista do crime. O delito não lhe pertence: ele colabora no crime alheio. O mandante é autor intelectual e não partícipe, uma vez que detém o domínio do fato. O indutor ou determinador, o instigador e o auxiliador são meros partícipes, desde que, não dominando subjetivamente o fato, restrinjam sua contribuição ao simples induzimento, encorajamento ou auxílio secundário.

Autores, coautores e partícipes denominam-se “participantes”.

7. NATUREZA JURÍDICA DO CONCURSO DE PESSOAS

Na codeinquirência, compreendidas a coautoria e a participação, há um ou vários crimes?

Existem três teorias a respeito:

a) Teoria unitária

É predominante entre os penalistas da Escola Clássica. Tem como fundamento a unidade de crime. Todos os que contribuem para a integração do delito cometem o mesmo crime. Há unidade de crime e pluralidade de agentes.

É também chamada *monista*.

b) Teoria dualista

Há delito único entre os autores e outro crime único entre os partícipes.

c) Teoria pluralística

Segundo esta doutrina, no concurso de pessoas não ocorre apenas pluralidade de pessoas, mas também de crimes. A cada um dos participantes corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio, um resultado próprio, devendo-se, pois, concluir que cada um responde por delito próprio. Há pluralidade de agentes e pluralidade de crimes. Considera cada um dos participantes como responsável por um delito próprio e punível em harmonia com seu significado antissocial. É uma teoria subjetiva, ao contrário da unitária, que é objetiva.

Qual a teoria adotada pelo Código?

É a monista (ou monística), unitária, pois o Código, quando trata do problema, diz: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas” (art. 29). O dispositivo emprega o termo *crime* no singular, demonstrando que todos os concorrentes respondem por fato típico único.

d) Exceções pluralísticas da teoria unitária

A teoria unitária ou monística equipara os participantes. Sendo o evento único e indivisível, e ocorrendo nivelação das causas antecedentes, o fato é encarado como um só. Há um só crime.

Há hipóteses, porém, em que o estatuto repressivo acatou a teoria pluralística, em que a conduta do terceiro constitui outro crime. Há, então, um crime do autor e outro do partícipe, sendo que ambos são descritos pelas normas como delitos autônomos. São casos:

1.º) O art. 124 do CP, em sua 2.ª parte, descreve o fato de a agente consentir que outrem lhe provoque aborto, enquanto o art. 126 define a conduta de “provocar aborto com o consentimento da gestante”. Se excluirmos o art. 124, 2.ª parte, a gestante será coautora ou partícipe do crime descrito no art. 126; se excluirmos o art. 126, o agente provocador será partícipe ou coautor do fato descrito no art. 124, 2.ª parte. Todavia, a lei penal descreve dois crimes distintos quando, pela adoção do princípio unitário, deveria existir crime único.

2.º) O agente casado que contrai novo casamento responde por bigamia (art. 235, *caput*). E a mulher solteira que contrai matrimônio com o agente casado, conhecendo a circunstância impeditiva? Deveria responder como coautora pelo fato descrito no *caput* do art. 235. Todavia, a sua conduta se amolda à descrição legal do § 1.º (infração autônoma).

3.º) Crimes de corrupção ativa e passiva (CP, arts. 333 e 317).

4.º) Falso testemunho e corrupção de testemunha (arts. 342 e 343).

8. NATUREZA JURÍDICA DA PARTICIPAÇÃO

A participação constitui conduta acessória de outra principal?

A respeito do problema há duas teorias principais:

a) Teoria causal

É criação de Von Buri (meados do século XIX).

Esta teoria destrói a diferença entre agentes principais e secundários, sendo verdadeiramente unitária. Parte do princípio da equivalência das con-

dições antecedentes. Todo resultado é consequência de um conjunto de causas necessárias para a sua produção. Se todos os codelinquentes são causas do crime, é evidente que o delito é consequência da atividade de cada um e de todos, sem distinção objetiva. Não se pode fazer distinção entre autores e partícipes, entre o que realiza um delito e o que participa de um delito alheio. O partícipe não é responsável pelo fato do delito alheio, mas por crime próprio, pois este delito é tão próprio em relação àquele que executa materialmente a conduta típica quanto ao que dá causa ao evento de modo diferente. Em face disso, para os partidários desta teoria fica afastada a distinção entre delinquente principal e acessório, pois, no caso concreto, não pode ser concebida uma atividade do autor independente da atividade dos partícipes. Afirmam que não se cuida de uma relação pessoal, como ocorre na teoria acessória, mas de uma relação real, em que o crime, como consequência de uma atividade comum, é um fato único e, por isso, comum a todos e a cada um dos agentes³.

b) Teoria da acessoriedade: classes de acessoriedade

A participação é acessória de um fato principal. Parte da regra de que os atos de participação não integram elemento algum de realização da figura típica e, portanto, não sendo puníveis por si mesmos, a sua punibilidade não pode deixar de ser uma *acessão* à punição do fato do autor ou executor. Ex.: A instiga B a matar C. O fato cometido por B é punível, uma vez que se encontra descrito pela figura típica do crime de homicídio (art. 121, *caput*: “Matar alguém”). E a conduta de A? Não é típica, uma vez que a descrição legal do dispositivo não abrange o fato de “instigar a matar”. Quer dizer que o comportamento do agente que participou só pode ser imputado “condicionalmente”, porquanto depende do principal⁴.

Não se pode falar em participação sem que haja um comportamento principal, sem que alguém realize atos de execução de um crime consumado ou tentado (art. 29). Assim, há condutas auxiliares (tantas quantos sejam os partícipes) que, como circunstâncias, rodeiam o comportamento principal (de quem realiza o núcleo do tipo).

Surge uma questão. Como pode ser punido o partícipe se a sua conduta não está contida na descrição típica do crime? A induz B a praticar um crime de lesão corporal. Realizado, não resta dúvida de que o executor da ofensa pessoal responde pelo crime. E a conduta de A? Ela não está definida no art. 129, *caput*. A definição legal não abrange o “induzir a ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”.

3. Cf. Maggiore, ob. cit., p. 99 e 100.

4. Juan del Rosal, *Derecho penal español*, 1. ed., Madrid, Ed. Aguirre, 1960, v. 1, p. 118.

O problema tem relação com a teoria da adequação típica. Esta cuida da subsunção da conduta ao tipo legal. Possui duas formas: *a)* adequação típica de subordinação imediata, através da qual o comportamento se amolda ao preceito primário da norma de incriminação de forma direta, sem o auxílio de outra disposição; *b)* adequação típica de subordinação mediata.

Na adequação típica de subordinação ampliada ou por extensão (mediata, indireta), o comportamento não se amolda *imediatamente* na descrição legal do crime, havendo necessidade de outro dispositivo para o enquadramento. É o que ocorre na participação, em que, com o auxílio do art. 29, há ampliação espacial e pessoal da figura típica, abrangendo ela não somente os fatos definidos no preceito primário da norma, mas também aqueles que, de qualquer modo, concorrem para a realização do crime. Como dizia Soler, a participação amplia o círculo do sujeito imputável, abrangendo ações laterais⁵. Então, o tipo passa a abranger não somente a conduta principal, mas qualquer outra, secundária, que concorra para a integração do crime. Daí chamar-se a disposição do art. 29, *caput*, de regra de extensão, norma de extensão ou integrativa, através da qual, p. ex., o tipo pune não só o fato de “subtrair”, mas também o de “induzir a subtrair”.

Em face disso, na participação há condutas típicas e condutas inicialmente atípicas, que se tornam típicas por força da regra do art. 29.

É evidente a diferença entre autor e partícipe: a figura do primeiro existe em razão do tipo a que se amolda a sua conduta (Parte Especial do Código); o segundo só enquadra o seu comportamento no tipo penal por força da regra de ampliação pessoal (Parte Geral). Sem esta seriam atípicos os atos do partícipe. A lei penal, porém, não quer unicamente que o homem não mate, não furete, mas também que não pratique fatos tendentes a matar, a furtar, atos diversos de matar ou furtar, mas que se encontram no círculo de ações que a ordem jurídica proíbe. É o que ocorre na participação. Estão proibidas as ações de matar ou furtar e os comportamentos que, de qualquer modo, concorram para a realização daqueles fatos. A norma proíbe integrar o crime não só ao executor (ou autor), mas também aos que cooperam na prática do ilícito penal (partícipes).

Há quatro classes de acessoriedade:

- 1.^a) acessoriedade mínima;
- 2.^a) acessoriedade limitada;
- 3.^a) acessoriedade extrema;
- 4.^a) hiperacessoriedade.

De acordo com a teoria da *acessoriedade mínima*, basta que a conduta do partícipe aceda a um comportamento principal que constitua “fato típico”.

5. Ob. cit., v. 1, p. 173.

Para a teoria da *acessoriedade limitada*, é preciso que a conduta principal seja típica e antijurídica (fato típico e antijurídico).

Nos termos da teoria da *acessoriedade extrema*, requer-se que o comportamento principal constitua um fato típico, antijurídico e culpável.

A *hiperacessoriedade* exige que em relação ao partícipe concorram ainda circunstâncias de agravamento e atenuação que existem em relação ao autor principal.

A teoria de acessoriedade mínima não pode ser aceita. Para ela, a punibilidade da participação se condiciona a que o fato principal constitua um tipo de crime. No que tange ao partícipe, o simples fato típico valeria pelo crime. Essa orientação não se exime de imperfeição, uma vez que a sua adoção poderia levar ao seguinte erro: aquele que induzisse outro a agir em legítima defesa, vindo a morrer o agressor, responderia por crime de homicídio, enquanto o executor da morte estaria acobertado pela excludente da ilicitude. Isso porque a teoria não exige que o fato principal seja antijurídico. Basta seja típico.

A teoria da acessoriedade máxima apresenta defeito. Ela exige que a conduta principal constitua um fato típico, antijurídico e culpável. Suponha-se que o executor seja inimputável ou tenha agido por erro de proibição escusável. Não haveria participação, pois a conduta principal não seria *culpável*.

A hiperacessoriedade não pode ser adotada, pois segundo ela no fato do partícipe devem concorrer inclusive as causas de agravamento e atenuação existentes em relação ao autor principal.

Passamos a adotar a teoria da acessoriedade limitada. Como dizia Welzel, “para a punibilidade da participação basta que o fato principal seja típico e antijurídico”, não se exigindo que seja culpável⁶. Assim, a participação não requer que o autor principal tenha atuado “culpavelmente”⁷.

José Frederico Marques também aceitava a teoria da acessoriedade limitada, pois, de acordo com a sua lição, a participação “exige no fato principal a ilicitude *a parte objecti*, *i. e.*, fato típico e antijurídico”⁸. Para que haja participação basta que a conduta secundária aceda a uma conduta principal que constitua fato típico e antijurídico. Não precisa ser culpável. A simples tipicidade do fato principal (acessoriedade mínima) não é sufi-

6. *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 161, n. 2, *a*.

7. Johannes Wessels, *Direito penal*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, Editor, 1976, v. 1, t. 4, p. 125.

8. Ob. cit., p. 311.

ciente para a existência da participação. É possível que a conduta do *autor* constitua fato típico e não respondam ele e o eventual *partícipe* por crime algum. Assim ocorre quando a conduta primária está acobertada por uma causa de exclusão da antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal). Ex.: *A* instiga *B* a defender-se de uma agressão injusta que está sendo cometida por *C*. *A* e *B* não respondem pelo resultado lesivo produzido em *C*, pois o fato não é proibido pelo Direito. Assim, a participação exige, além da tipicidade do fato principal, a sua ilicitude, *i. e.*, que não ocorra causa da justificação em relação ao *autor*⁹. É a lição de Maurach, ao afirmar que, do indiscutível ponto de partida negativo de que, faltando antijuridicidade ou tipicidade em relação ao fato principal, não existe participação, a teoria dominante extrai a conclusão inversa de que a prática de um fato principal típico e antijurídico basta para servir de base à responsabilidade do partícipe: “limitada acessoriedade da participação”¹⁰.

Como solucionar o seguinte caso lembrado por Hippel, Maurach e Soler¹¹. *A*, pretendendo matar *B*, que se encontra em companhia de *C*, provoca uma situação de legítima defesa em favor deste. Suponha-se que *A* tenha conhecimento de que *B* se encontra desarmado, enquanto *C* possui um revólver (a argumentação é nossa). Provoca uma discussão entre ambos e, quando *B*, instigado por ele, está prestes a agredir gravemente *C*, este reage em legítima defesa, matando-o. Maurach cita o exemplo como “provação de uma situação de legítima defesa em favor do autor direto de boa-fé, pelo instigador guiado exclusivamente por um ânimo lesivo”. A legítima defesa empregada pelo autor direto exclui a possibilidade de o provocador responder pelo crime de homicídio a título de participação, pois a acessoriedade limitada exige que o fato principal, além de típico, seja antijurídico (a legítima defesa exclui a antijuridicidade). A solução é a causa de justificação não alcançar o instigador. Mas, a que título? Autoria ou participação?

9. Daí dizer José Frederico Marques: “A cooperação, p. ex., em ação penalmente justificada (e portanto lícita), nada tem de antijuridicidade, embora se trate de ação enquadrada em descrição típica” (ob. cit., p. 110). Em outra lição, afirma: “Participar de um fato típico praticado no exercício regular de um direito, ou em estado de necessidade, não constitui ato punível porque a ação principal não é objetivamente ilícita” (p. 312).

10. Ob. cit., p. 405.

11. Hippel, *Lehrbuch*, § 49, I, 1; Maurach, ob. cit., p. 405; Soler, ob. cit., p. 263.

Autoria, como veremos no item seguinte.

9. AUTORIA MEDIATA

A pluralidade subjetiva pode conter pessoas que não praticam o fato culpavelmente. Suponha-se que o agente consiga que outra pessoa, levada a erro de tipo essencial, pratique determinados atos, imprescindíveis à conduta delituosa; ou que o dono do armazém, com intenção de matar determinadas pessoas, induza a erro a empregada doméstica, vendendo-lhe arsênico em vez de açúcar; ou que sugira a um doente mental a prática de um homicídio. Responsável seria unicamente o idealizador do crime, a quem a doutrina dá o nome de *autor mediato*. Este é o que admite que outra pessoa, de que se serve, realize para ele mesmo, total ou parcialmente, o tipo de um fato punível¹². Esses casos não podem ser confundidos com as hipóteses em que o agente se vale de ser irracional ou de objeto para a realização de um crime, pois a denominada *autoria mediata* exige *pluralidade de pessoas*. Não podem ser confundidos também com o caso do agente que, mediante *força física*, constrange outrem a cometer um delito. Nesta hipótese, não se pode dizer que existe comportamento por parte do coagido, pois lhe falta o mínimo de voluntariedade a que se condiciona a conduta *delituosa*.

A denominada autoria mediata pode resultar de:

- 1.º) ausência de capacidade penal: caso do inimputável por menoridade penal que é induzido a cometer um fato descrito em lei como crime;
- 2.º) inimputabilidade por doença mental: caso do louco a quem se determina a prática de um crime;
- 3.º) coação moral irresistível: em que o executor pratica o fato com a vontade submissa à do coator;
- 4.º) erro de tipo escusável determinado por terceiro: em que o executor pratica o fato induzido a erro essencial, excludente da tipicidade;
- 5.º) obediência hierárquica.

Na autoria mediata não há concurso de pessoas entre o autor mediato, responsável pelo crime, e o executor material do fato¹³. É possível, entre-

12. Mezger, ob. cit., p. 309. A designação *autoria mediata* é incorreta, pois dá a impressão de exigir um *autor imediato punível*, quando, na verdade, o executor não responde pelo crime (cf. Soler, ob. cit., p. 258, nota 1).

13. V. sobre o tema: Bettiol, *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, v. 2, p. 260 e s., n. 9.

tanto, participação entre o autor mediato e terceiro. Ex.: o terceiro induz o autor mediato a servir-se de outrem para a execução do fato criminoso. Pode ocorrer também a hipótese de coautores mediatos.

Ela não é admissível nos crimes de mão própria, como o falso testemunho¹⁴. Assim, se alguém é notificado para depor em Juízo, não pode determinar a outrem que minta em seu lugar. Inexiste também nos delitos culposos.

Maurach e Welzel estendiam a aplicação da doutrina da autoria mediata ao caso em que o autor direto pode invocar uma causa excludente da antijuridicidade que não alcança o partícipe¹⁵. É a hipótese já aventada da provocação de uma situação de legítima defesa em favor do autor direto de boa-fé, pelo instigador animado de intenção lesiva contra o agressor. Diziam que o instigador não pode ser punido a título de participação, pois a conduta principal, embora constitua fato típico, não é antijurídica. Surge o que denominavam “autoria mediata na ação justificada do autor direto”, dolosamente explorada pelo instigador. Não podendo ficar impune, não sendo possível a aplicação da acessoriedade limitada, o único caminho a seguir é puni-lo como autor. Isso ocorre quando o instigador tem o domínio objetivo do fato. A autoria mediata caracteriza-se essencialmente pelo abuso do homem não livre, e somente quem possui o domínio do fato pode abusar de alguém para a sua realização. O autor mediato controla, desde o princípio até o fim, o desenrolar dos acontecimentos, o que acontece no caso apontado. Como dirigente da conduta do autor direto, converte-se em autor mediato. Como dizia Maurach, hoje não se discute mais que o atuar de acordo com o Direito do autor direto não exclui a autoria mediata do instigador. E dava outro exemplo: se um sujeito de má-fé induz outro a injuriar, em salvaguarda de seus interesses legítimos (deste), um terceiro, embora a ele não possa ser estendida a causa de justificação, deverá ser punido como autor mediato da injúria. A responsabilidade como autor mediato na atuação justificada somente surge quando o instigador tem domínio sobre o fato e a causa de justificação o não acoberta. Assim, é autor mediato de homicídio quem provoca, em prejuízo do agressor, uma situação de legítima defesa em favor de terceiro, do qual se serve para a prática do crime¹⁶. Welzel, embora partindo de ponto diferente, dizia que somente através de um conceito objetivo de autor pode ser solucionado o problema da autoria por meio de quem atua de acordo com o Direito; a saber, somente sob o pressuposto de que o instigador

14. Johannes Wessels, ob. cit., p. 124.

15. Mezger, ob. cit., p. 323. V. também Soler, ob. cit., p. 263.

16. Ob. cit., p. 323 e 324.

possui o domínio final do fato sobre a concretização antijurídica do tipo, enquanto aquele que executa o tipo é um instrumento. Afirmava que uma *autoria mediata* pode ocorrer através de uma pessoa que atua de acordo com o Direito, como no caso seguinte: A incita B, ébrio ou débil mental, a quem deseja eliminar, a agredir X; este mata aquele em legítima defesa¹⁷.

10. REQUISITOS DO CONCURSO DE PESSOAS

Para que haja participação, são necessários os seguintes requisitos:

- 1.º) pluralidade de condutas;
- 2.º) liame subjetivo; e
- 3.º) identidade de infração para todos os participantes.

11. PLURALIDADE DE CONDUTAS

Na participação há agentes que praticam o núcleo do tipo e outros que, não cometendo atos preparatórios ou executórios (em princípio atípicos), contribuem para o desdobramento físico da série de causas do evento e respondem pelo fato típico em razão da norma de extensão. Como diz Esther de Figueiredo Ferraz, embora queiram todos os participantes contribuir com o seu comportamento para a realização da conduta punível, não o fazem da mesma maneira, nem em condições iguais. Ao passo que um ou alguns dos sujeitos praticam o fato material típico, característico da infração, limitam-se outros a determinar, a instigar, a auxiliar moral ou fisicamente o executor ou executores, cometendo atos que, *em si mesmos*, não são delituosos¹⁸.

12. RELEVÂNCIA DAS CONDUTAS

A participação delituosa tem por base o conceito de conduta.

Seja qual for a sua maneira de exteriorização, não é um simples conhecimento da conduta criminosa, mas uma contribuição à sua realização. Participar é uma forma de atuar, dizia Soler¹⁹.

17. *Derecho penal*; parte general, trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 110.

18. Ob. cit., p. 25.

19. Ob. cit., p. 240.

A simples manifestação de adesão a uma prática delituosa não é participação. Assim, se *A* diz que vai concorrer no homicídio a ser cometido por *B* contra *C*, não há participação. Isso porque a exteriorização do desígnio criminoso não foi seguida de uma conduta. Agora, se instiga *B* a matar *C*, ocorrendo pelo menos tentativa de homicídio, existe participação. É que no concurso de agentes também tem eficácia a máxima *cogitationis poenam nemo patitur*. Da mesma forma, não é partícipe quem apenas aplaude intimamente a realização de um delito.

13. DO LIAME SUBJETIVO E NORMATIVO

a) Coautoria e participação

As várias condutas não são suficientes para a existência da participação ou coautoria. Imprescindível é o elemento subjetivo, pelo qual cada concorrente tem consciência de contribuir para a realização da obra comum. Como dizia Carrara, concorre ao delito com *vontade* e com *ação* todo aquele que, além de desejar a violação do direito que o delito ameaça, intervém pessoalmente em algum dos atos que constituem o seu elemento material²⁰. Assim, exige-se o vínculo subjetivo (vontade de contribuir para o crime).

É indispensável o acordo prévio entre autor e partícipe? Em outras palavras, para que haja participação criminosa é preciso que autor e partícipe, antes da prática do delito, combinem a sua realização?

Não é necessário o acordo de vontades (*pactum sceleris*). Basta que uma vontade adira à outra. Suponha-se que uma empregada doméstica, percebendo que um ladrão está rondando a residência, para vingar-se do patrão, deliberadamente deixa a porta aberta, facilitando a prática do furto. Há participação e, não obstante, o ladrão desconhecia a colaboração da criada (não ocorreu o acordo prévio).

Daí afirmar-se que somente em relação ao partícipe é necessário o elemento subjetivo da participação²¹. Este pode faltar no autor. Ex.: *A*, sabendo que *B* vai matar *C* e desejando a morte deste, furta-lhe o revólver com o qual poderia defender-se. *A* é partícipe do homicídio. Não obstante,

20. *Programa do curso de direito criminal*; parte geral, trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, Saraiva, 1956, v. 1, p. 327.

21. Bettiol, *Diritto penale*, p. 435; José Frederico Marques, ob. cit., p. 315; Aníbal Bruno, ob. cit., p. 261 e 262.

B desconhecia a sua cooperação²². Além disso, a participação pode ser até recusada pelo autor do delito. Suponha-se que, no exemplo anteriormente citado, *A* dissesse a *B* que iria tirar a arma de *C*, facilitando-lhe o homicídio, e *B* recusasse o auxílio. Haveria participação se *A* furtasse a arma de *C*? Sim, pois houve adesão da vontade de *A* à de *B*.

Exige-se homogeneidade de elemento subjetivo-normativo. Significa que autor e partícipe devem agir com o mesmo elemento subjetivo (dolo) ou normativo (culpa). Se houver heterogeneidade, não ocorrerá o “concurso de agentes” na modalidade “participação”. Quanto a isso, existem duas regras:

1.^a) Não há participação dolosa em crime culposo. Ex.: *A*, desejando matar *C*, entrega a *B* uma arma, fazendo-o supor que está descarregada e induzindo-o a acionar o gatilho na direção da vítima. *B*, *imprudently*, aciona o gatilho e mata *C*. Não há participação criminosa, mas dois delitos: homicídio *doloso* em relação a *A*; homicídio *culposo* em relação a *B*.

2.^a) Não há participação culposa em crime doloso. Ex.: um médico, *negligentemente*, entrega a uma enfermeira um veneno, supondo-o substância medicinal. Ela, percebendo o engano, mas com intenção de matar o doente, ministra-lhe a substância fatal. Há dois crimes: homicídio culposo por parte do médico; doloso em relação à enfermeira.

Pode ocorrer que o agente que seria partícipe não responda por crime algum. É o caso da empregada que, negligentemente, deixa a porta da residência aberta, por onde penetra o ladrão e pratica o furto. Acontece que, não havendo homogeneidade de elemento subjetivo, cada agente responde pelo crime cometido a título de dolo ou culpa. No caso aventado, não existindo furto *culposo*, o fato praticado pela empregada é atípico.

Em suma: nos delitos punidos a título de dolo é necessário que a eclosão do evento ingresse no âmbito da vontade do partícipe; nos crimes culposos é preciso que à vontade de contribuir na conduta coletiva se alie inescusável imprevidência no tocante ao subsequente evento lesivo.

É possível participação em crime culposos?

É possível coautoria. A participação, porém, não é admissível. O crime culposos tem o tipo aberto, sendo típica toda conduta que descumpra o dever

22. O caso da criada que deixa a porta aberta também serve de exemplo. E se, no mesmo caso, a criada deixasse a porta aberta por mero descuido? Haveria participação? Responderia ela pelo crime de furto? Não, ocorreria concurso de causas autônomas, mas não concurso de agentes, por falta de *scientia maleficii*, i. e., falta de adesão da vontade da criada à conduta do ladrão. A esse fato Carrara dava o nome de “concurso de ação sem concurso de vontade”, que se configura nos casos em que alguém auxilia outrem na prática de um delito, sem consciência de sua colaboração (ob. cit., p. 305).

objetivo de cuidado. É autor aquele que, violando esse dever, dá causa ao resultado. Como dizia Welzel, autor de um delito culposo é todo aquele que mediante uma ação infringe o grau de cuidado requerido no âmbito de relação, produzindo de modo não doloso um resultado típico. Todo grau de causação a respeito do resultado típico produzido não dolosamente, mediante uma ação que não observa o cuidado requerido no âmbito de relação, fundamenta a autoria do respectivo delito culposo. Por essa razão, não existe diferença entre autores e partícipes nos crimes culposos. Toda classe de causação do resultado típico culposo é autoria. Enquanto no tipo doloso a conduta é determinada, no culposo o comportamento não é determinado legalmente. O tipo, na expressão de Welzel, é “aberto” ou “com necessidade de complemento”. Assim, enquanto na forma dolosa o tipo da lesão corporal determina precisamente a conduta do sujeito (CP, art. 129, *caput*), na forma culposa o tipo não precisa o comportamento: “se a lesão é culposa” (§ 6.º). Essa norma aberta precisa ser complementada pelo Juiz, segundo o seguinte critério: age culposamente quem não observa o cuidado necessário no tráfego social. Assim, é típica toda conduta que descumpre esse cuidado, produzindo o resultado objetivamente previsível. Em face disso, autor é todo aquele que descumpre o cuidado objetivo necessário²³.

A possibilidade de *coautoria* nos delitos culposos já constava da Exposição de Motivos do CP de 1940. Dizia o Ministro Francisco Campos: “Fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em *crime culposo*, pois neste tanto é possível a *cooperação material* quanto a *cooperação psicológica*, i. e., no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não *querendo* o evento final, tem *consciência de cooperar na ação*” (n. 23). Ex.: o passageiro do veículo instiga o motorista a empregar velocidade excessiva, ocorrendo um atropelamento culposo.

Coautoria em delito culposo não pode ser confundida com concorrência de fatos culposos, em que falta em relação a cada agente a consciência de contribuir para a eclosão do evento comum. Se dois motoristas imprudentemente causam uma colisão de seus veículos, há dois crimes culposos (de homicídio ou lesões culposos, conforme a natureza do resultado). É o que se denomina “concorrência de culpas”.

A punibilidade da participação resulta da aplicação do fenômeno da tipicidade indireta. Esta tem semelhança com superada teoria dos tipos anormais, em que o legislador insere elementos subjetivos na descrição legal dos crimes.

23. Welzel, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 143 e 187; Nilo Batista, *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris, 1979, p. 60 e 61.

Como ensinava José Frederico Marques, a conduta do participante, que a norma de extensão transforma em típica, funciona para o efeito de enquadramento indireto no tipo como aqueles comportamentos criminosos que na definição legal contêm elementos de ordem subjetiva. O nexó psicológico, portanto, que liga o participante ao crime é elemento imprescindível para que a conduta acessória se transforme em fato típico. Se a norma de extensão transforma em típicos os fatos inicialmente atípicos do partícipe, para que estes sejam *atos próprios* do sujeito, necessário é o elemento subjetivo.

b) Autoria colateral

A inexistência do vínculo subjetivo entre os participantes pode levar à *autoria colateral*. Ocorre quando os agentes, desconhecendo cada um a conduta do outro, realizam atos convergentes à produção do evento a que todos visam, mas que ocorre em face do comportamento de um só deles. Suponha-se que *A* e *B*, pretendendo matar *C* com tiros de revólver, postam-se de emboscada, ignorando cada um o comportamento do outro. Ambos atiram na vítima, que vem a falecer unicamente em consequência dos ferimentos causados pelos projéteis disparados pela arma de *A*. Não há coautoria nem participação. *A* responde por homicídio consumado; *B*, por tentativa de homicídio. Se estivesse presente o vínculo subjetivo, *A* e *B* responderiam por homicídio consumado em face da coautoria. Qual a diferença entre os dois casos? No primeiro, *B* não tinha consciência da energia causal produzida por *A*, era-lhe estranha; no segundo, a conduta de *A* havia entrado no âmbito da vontade de *B*; este contava com a contribuição causal de *A*, sendo-lhe indiferente que a morte de *C* fosse causada por um dos comportamentos.

14. IDENTIDADE DE INFRAÇÃO PARA TODOS OS PARTICIPANTES

Não se trata, propriamente, de um requisito, mas de consequência jurídica em face das outras condições.

O CP, em seu art. 31, reza que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário²⁴, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado. Extrai-se da interpretação da disposição o seguinte: se o Código exige crime tentado ou consumado para que haja participação, é evidente que todos os participantes respondem pelo mesmo delito. Mudando o *nomen juris* do crime para um dos participantes, a operação de desclassificação estende-se a todos.

24. As exceções serão estudadas no item seguinte.

Do princípio da unidade do crime, previsto no art. 29, *caput* (“quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”), segundo o qual, havendo participação, todos os participantes (autores, coautores e partícipes) respondem pelo mesmo crime, segue-se outro: se o fato delituoso muda a sua qualificação legal para um dos concorrentes, a desclassificação se opera em relação a todos. É a consequência determinada pelo art. 30, por meio do qual as elementares se comunicam entre os agentes, sejam de caráter objetivo ou subjetivo. Isso ocorre principalmente nos crimes denominados *próprios*, que exigem do agente uma qualidade natural particular (sexo), social (cônjuge) ou jurídica (funcionário público). Assim, contribuindo conscientemente um estranho para a prática de um crime de peculato (art. 312), responde por este delito e não por apropriação indébita (art. 168, *caput*).

Esse princípio geral, entretanto, como será exposto, foi mitigado pelo § 2.º do art. 29 do CP.

15. FORMAS DE PARTICIPAÇÃO

O CP não classificou expressamente as formas de participação. O seu art. 29 determina que quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas cominadas. Que se entende pela expressão “de qualquer modo”? O conceito que ali se contém compreende toda e qualquer modalidade de causa do crime, tomada a expressão em seu sentido mais amplo, como logo mais veremos. O Código, no art. 31, exemplifica a expressão “de qualquer modo”, referindo-se ao ajuste, à determinação, à instigação e ao auxílio.

Concorrer significa convergir para o mesmo ponto, cooperar, contribuir, ajudar e ter a mesma pretensão de outrem. O verbo expressa claramente a figura do concurso — ato de se dirigirem muitas pessoas ao mesmo lugar ou fim, segundo os léxicos.

A participação pode ser:

- a) moral;
- b) material.

Participação moral é o fato de incutir na mente do autor principal o propósito criminoso ou reforçar o preexistente.

Participação material é o fato de alguém insinuar-se no processo da causalidade física.

Ex.:

A aconselha B a matar C. Praticada a figura típica do homicídio, A é partícipe moral do fato delituoso cometido por B (autor principal).

A, sabendo que *B* pretende matar *C*, empresta-lhe uma arma. Praticada a conduta criminosa, *A* é partícipe material do comportamento principal de *B*.

A determinação e a instigação são as formas de participação moral.

Ocorre a determinação ou induzimento quando uma pessoa faz surgir na mente de outra a intenção delituosa. Suponha-se que *B* e *C* discutam, não restando qualquer resquício de ressentimento. Após, *A* incute na mente de *B* a ideia homicida contra *C*. A característica da determinação é a inexistência da resolução criminosa na pessoa do autor principal.

Para que o determinador seja punido é necessário que pelo menos a conduta do autor determinado constitua atos de execução do delito (tentativa). Se a determinação não é acolhida pelo que seria o autor principal, não existe participação punível. Se o induzimento é acolhido, mas o crime não é nem tentado, os sujeitos da relação não são punidos.

A determinação pode ser direta ou indireta, segundo o executor tenha ou não consciência de agir sob o impulso do determinador: basta que sem a intervenção do partícipe o crime não seria realizado. É irrelevante que o executor pratique o fato delituoso imediatamente à determinação ou que o cometa depois de longo tempo. Pode apresentar-se sob as formas de *mandato*, *paga*, *promessa*, *ordem* ou *artifício*.

Instigação é ato de incitar, reforçar, acoroçoar ou estimular a preexistente resolução delituosa. Pode ocorrer de duas maneiras: *a*) mediante reforço da resolução de o executor cometer o delito; *b*) mediante promessa de ajuda material ou moral após o cometimento. Nos dois casos, exige-se o requisito da preexistente resolução delituosa por parte do executor. Do contrário, há determinação e não instigação, embora as duas formas possam coexistir (o partícipe induz e depois instiga o autor principal a praticar o delito).

Há a primeira forma (reforço da resolução criminosa) quando o partícipe provoca paixões, emoções ou expõe vantagens no cometimento do delito. Pode apresentar-se, como a determinação, nas formas de mandato, paga, promessa, ordem e artifício.

Na segunda forma (promessa de ajuda), o comportamento do partícipe, prometendo ajuda material ou moral ao executor após o cometimento do crime, dá-lhe motivos de impulso, anima-o a realizar a empreitada. Ex.: promessa de providência no sentido de conseguir-lhe anistia ou perdão, recomendação de pessoas influentes, de manter sua família em caso de condenação etc. O acordo anterior ou concomitante à prática delituosa é essencial à existência dessa forma de participação. Se a promessa é feita após a prática do crime, não há participação, mas crime de favorecimento pessoal ou real, se presentes as elementares que os constituem. Nélson Hungria, analisando o favorecimento pessoal, dizia indispensável para a existência do crime que a ajuda não tenha sido prometida antes ou durante o crime precedente, pois, de

outro modo, o que haveria de reconhecer, como é claro, seria uma participação em tal delito. Não há no favorecimento contribuição alguma para a concepção ou execução do crime anterior, de que o agente só vem a conhecer após a sua prática. Interpretando a descrição legal do favorecimento real, afirmava Hungria que para não se identificar com a participação no delito precedente é necessário que a ajuda não tenha sido prometida antes ou durante a sua prática²⁵.

Na promessa de ajuda é indiferente que seja cumprida ou não, pois o não cumprimento não exclui o reforço à prática criminosa anteriormente prestado. Assim, se o partícipe promete auxiliar a família do autor depois da prática do crime e não cumpre, não é excluída a sua responsabilidade a título de participação.

Se a pessoa determinada ou instigada a cometer o crime não está sujeita à autoridade do partícipe, ou é punível (inexistente a impunidade em virtude de condição ou qualidade pessoal), a sua responsabilidade é igual à do instigador ou determinador. Se o executor está sujeito à autoridade do partícipe, ambos respondem pelo crime (salvo o caso da obediência hierárquica), todavia a pena do segundo é agravada (circunstância legal genérica, denominada *agravante*). Se o executor não é punível em virtude de condição ou qualidade pessoal, o crime subsiste para ambos (autor e instigador ou determinador — *a parte objecti*) mas, em face da culpabilidade, o delito somente existe para o partícipe (*a parte subjecti*). Neste caso, incorre a agravante genérica (art. 62, III).

Como se viu, o Código agrava a pena em relação ao sujeito que determina ou instiga a cometer o crime autor sujeito à sua autoridade. Essas relações são de ordem pública ou particular (exercício de autoridade pública ou particular). É a contribuição ao delito conhecida por abuso de autoridade, compreendida não só a resultante de uma relação de Direito Público, como a que advém das relações privadas, como a doméstica, profissional, religiosa, docente, desde que haja efetivamente operado, pelo influxo psicológico, a decisão ou movimentação do autor material. Este só não é punido se, tratando-se de relação de Direito Público, pratica o fato em obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, 2.^a parte).

A seguir, a lei agrava a pena em relação ao agente que determina ou instiga a cometer o crime alguém não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal (art. 62, III, *in fine*). Trata-se de punir mais severamente o agente da determinação ou instigação exercidas contra pessoa penalmente incapaz, conhecendo a circunstância. Como ensinava Roberto Lyra, quem se aproveita das anomalias e dos *deficits* mentais alheios, garantindo a impuni-

25. *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1958, v. 9, p. 501 e 504.

dade, revela maior periculosidade, consistente, sobretudo, na insídia e na desenvoltura celeradas, elementares do mandato aparente²⁶. Condições e qualidades pessoais são os estados, empregos, dignidades, situações etc., em que se encontra uma pessoa, como o de filho ou de cônjuge, de menor ou doente mental. Nestes casos, só é punível o autor mediato. Ex.: induzir ou instigar uma criança ou doente mental a pôr fogo à casa; instigar o filho a furtar objetos do pai, caso em que não funciona a agravante genérica; instigar uma pessoa amparada por imunidade parlamentar a cometer um delito próprio (STF, Súmula 245)²⁷.

É possível determinação ou instigação recíproca. Suponha-se que A e B combinem a prática de dois crimes, um a ser cometido pelo primeiro e o outro, pelo segundo. A será considerado partícipe do fato praticado por B, e vice-versa.

Falando o art. 62, III, do CP, em determinar ou instigar alguém a “cometer o crime”, a agravante genérica só é aplicável aos delitos dolosos. É possível que uma pessoa, mediante comportamento culposos, converta-se em causa involuntária de um crime doloso. Ex.: em face de imprudentes censuras políticas, alguém comete um crime contra a segurança nacional. Em tal caso, o determinante culposos não é partícipe do crime cometido pelo autor direto.

O art. 31 do CP menciona o *ajuste* como forma de participação. Ajuste é a combinação que fazem entre si várias pessoas no sentido do cometimento de um crime, pressupondo em todos uma resolução determinada.

Outra agravante reside no fato de promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes (art. 62, I). “Promove a cooperação no crime” quem tem a ideia da prática criminosa e a iniciativa de sua realização. É o autor intelectual. “Organiza a cooperação no crime” quem, com antecedência, elabora o plano de atividade, de forma que cada um encontra no programa a eficácia da empresa delituosa. “Dirige a atividade dos demais agentes” aquele que articula e fiscaliza a empresa, controlando a sua execução.

O art. 62, II, prevê uma forma de participação agravante no fato de o partícipe coagir outrem à execução material do crime. Trata-se de coação fí-

26. Ob. cit., p. 323. De observar que constitui crime autônomo o fato de corromper ou facilitar a corrupção de pessoa inimputável por menoridade penal, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la (Lei n. 2.252, de 1.º-7-1954, art. 1.º). Neste caso, não ocorre a agravante genérica.

27. Segundo Mezger, por *qualidades* pessoais se entendem as características essenciais de uma pessoa que existem com certa estabilidade, e por *condições* pessoais, as relações de uma pessoa com o mundo exterior e com outras pessoas ou coisas, que também existem com certa, porém, às vezes, menor estabilidade. Diz inexistir limite rígido entre umas e outras (ob. cit., p. 320).

sica ou moral, resistível ou irresistível. No que tange ao autor principal, a espécie de coação tem relevância. Em se tratando de coação física irresistível, o coato não pratica fato típico, não podendo haver participação (o coator é considerado autor). Quando há coação física resistível, o coato comete fato típico, incidindo uma atenuante genérica. Neste caso, existe participação. No que tange à agravante da coação física irresistível, o Código incorre em censura, pois não faz diferença entre as espécies de coação. Devia prever a hipótese da coação física irresistível no capítulo das agravantes genéricas. Se a coação é moral e irresistível, o autor principal não é punido em face da excludente da culpabilidade prevista no art. 22. Se moral e resistível, responde pelo crime. Nos casos, o coator responde por dois crimes: pelo crime cometido pelo coato, com a pena agravada, e por constrangimento ilegal (art. 146), em concurso formal. Em todas as hipóteses, seja física, seja moral, a coação, resistível ou irresistível, incide a agravante sobre a pena a ser imposta ao coator²⁸.

Diz o art. 62, IV, que a pena é agravada em relação ao agente que executa o crime, ou nele participa mediante paga ou promessa de recompensa. Pune mais severamente o delinquente mercenário, levado ao crime por motivo torpe.

Agrava a pena do partícipe não só o prévio recebimento de qualquer vantagem, dinheiro, perdão de dívida, promoção em emprego, como também o proveito em expectativa. Não se exige que o partícipe seja realmente recompensado. Como dizia Soler, não é necessária a efetivação do pagamento, uma vez que a lei a equipara, em gravidade, com a promessa de recompensa, assim como não é necessário, tampouco, o cumprimento da promessa²⁹. Essa agravante é prevista como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

O auxílio é a forma de participação material que corresponde à antiga cumplicidade. Pode ser prestado na preparação ou execução do delito. Auxilia na preparação quem fornece a arma ou informações úteis à realização do crime. Auxilia na execução quem permanece de atalaia, no sentido de avisar o autor da aproximação de terceiro, leva o ladrão em seu veículo ao local do furto, carrega a arma do homicida etc. Nos dois últimos exemplos, imprescindível é a consciência de estar cooperando na realização do crime. De

28. Roberto Lyra ensinava que, “para integrar a agravante, não é preciso que a coação seja material, exercida sobre o corpo. Tanto a *vis absoluta*, como a *vis compulsiva*, esta quando não compreendida no inciso III”, “pode criar a situação em apreço” (ob. cit., p. 320).

29. Ob. cit., v. 3, p. 46, ao analisar o homicídio qualificado pela paga ou promessa de recompensa.

ver que só há participação se o sujeito não tem o domínio do fato. Se possui, é coautor.

16. PUNIBILIDADE

O CP, embora mantendo a teoria unitária, adotou, como já ficou consignado, a teoria restritiva de autor, distinguindo nitidamente autor de partícipe. Além disso, mitigando o rigorismo da doutrina monística, reza, na parte final do *caput* do art. 29, que todos os participantes incidem nas penas cominadas ao crime, “na medida de sua culpabilidade”.

Esse princípio constitui novidade em nossa legislação, sendo consequência da regra de que a graduação da pena é medida pela culpabilidade: o fato é comum; a culpabilidade, porém, é individual. No Anteprojeto do Código Penal de 1969, a disposição não era bem clara a respeito da individualização da censurabilidade: “A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros” (art. 33, § 1.º, 1.ª parte). Analisando esse dispositivo, Heleno Cláudio Fragoso observou que “era indispensável” “deixar bem claro o princípio básico de que cada partícipe será punido conforme sua culpabilidade, e sem consideração à culpabilidade dos demais”, lembrando que essa regra tem origem na legislação penal alemã³⁰.

Maurach ensina que “sempre que sejam vários os que tenham participado do fato, cada um deve ser castigado de acordo com a sua culpabilidade, sem atender à culpabilidade do outro”³¹.

Além disso, nos termos do § 1.º do art. 29, “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

A redução da pena, presente a circunstância exigida, é obrigatória. A faculdade, indicada pela expressão “pode”, diz respeito ao *quantum* da diminuição. É uma circunstância que contrasta com a agravante do inciso I do art. 62. A expressão “participação” deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo as formas moral e material. Só tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal. É consequência do princípio segundo o qual a punibilidade dos participantes é determinada de acordo com sua culpabilidade, tomada no sentido de reprovabilidade social. Nos termos

30. A reforma da legislação penal — I, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 2:71, n. 15, *in fine*, 1963.

31. *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, v. 2, p. 398, § 53, III, A.

da lição de Vannini, não pode ser favorecido pela circunstância quem se coloca em situação de merecer qualquer das agravantes anteriormente mencionadas, uma vez que o concorrente não pode ser, ao mesmo tempo, mais perigoso e menos perigoso³². Entre nós, as agravantes do art. 62 são incompatíveis com a causa de diminuição da pena. Ninguém pode ter mínima participação no delito e, ao mesmo tempo, promover ou organizar a cooperação dos demais, coagir outrem à execução etc. Não cremos, entretanto, que a razão da atenuante resida na mínima periculosidade do partícipe. A expressão “de somenos importância” refere-se à contribuição prestada por ele e não à sua capacidade de delinquir. Assim, a redução de um sexto a um terço deve variar de acordo com a maior ou menor contribuição do partícipe na prática delituosa: quanto mais a conduta se aproximar do núcleo do tipo, maior deverá ser a pena; quanto mais distante do núcleo, menor deverá ser a resposta penal.

17. DA COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA OU DESVIOS SUBJETIVOS ENTRE OS PARTICIPANTES

Diz o § 2.º do art. 29 do CP que, “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

Esse dispositivo cuida da hipótese de o autor principal cometer delito mais grave que o pretendido pelo partícipe ou coautor. Ex.: *A* determina *B* a espancar *C*. *B* age com tal violência que produz a morte de *C*. Segundo a disposição, *A* responde por crime de lesão corporal (delito menos grave), cuja pena deverá ser aumentada até metade se a morte da vítima lhe era previsível. Como ensina Maurach, os desvios subjetivos entre os participantes são regidos fundamentalmente pela regra de que o instigador unicamente responde pela conduta realizada dentro do marco de seu dolo, de tal sorte que, ao menos em princípio, a sua pena não será agravada pelo excesso levado a cabo pelo sujeito instigado³³.

A solução dada pela reforma penal de 1984 ao fato anteriormente mencionado não deixa de ser estranha. Tendo o mandante agido com dolo

32. *Il Codice Penale*, p. 591. Manzini ensinava que a circunstância não pode ser aplicada quando concorrem as agravantes, ainda quando a participação tenha sido de mínima importância. Nestes casos, conclui, a circunstância agravante revela, sem possibilidade de apreciações discricionárias, mais grave criminalidade do concorrente (ob. cit., p. 315).

33. Ob. cit., p. 374.

de lesão corporal e sendo-lhe previsível o resultado morte, deveria responder por lesão corporal seguida de morte e não por lesão corporal leve, com pena agravada de até a metade.

A regra da disposição tem aplicação a todos os casos em que algum dos participantes quis realizar delito de menor gravidade. Assim, suponha-se que dois assaltantes combinem a prática de um roubo. Um deles permanece fora da residência da vítima. O outro nela penetra e comete um latrocínio. Demonstrado que a morte da vítima não ingressou na esfera do dolo direto ou eventual do coautor ou partícipe, este deverá responder por roubo qualificado, mas não por latrocínio. Se, entretanto, lhe era previsível a morte do sujeito passivo, sem ter agido com dolo direto ou eventual, a pena do roubo qualificado será aumentada até metade. Com isso, o novo texto proscreeu a antiga regra do parágrafo único do art. 48 do CP de 1940, que consagrava caso de responsabilidade objetiva.

18. PARTICIPAÇÃO IMPUNÍVEL

O art. 31 do CP determina que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Assim, são impuníveis as formas de concurso quando o delito não chega à fase de execução.

A ressalva da disposição diz respeito aos casos em que a determinação, o ajuste etc. são puníveis como delitos autônomos. Exs.: CP, arts. 286 e 288 (incitação a crime e quadrilha ou bando, respectivamente).

O oferecimento para delinquir não constitui infração penal. Assim, é impunível o fato de um pistoleiro oferecer-se a alguém para matar seu inimigo.

A reforma penal de 1984 extinguiu a medida de segurança ao autor da participação impunível.

19. PARTICIPAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO E PARTICIPAÇÃO SUCESSIVA

Ocorre participação de participação nos casos de induzimento de induzimento, instigação de instigação etc. Ex.: *A* induz *B* a induzir *C* a matar *D*. É punível desde que possua eficiência causal.

Participação sucessiva ocorre quando, presente o induzimento (determinação) ou instigação do executor, sucede outra determinação ou instigação. Ex.: *A* instiga *B* a matar *C*. Após essa participação, o agente *D*, desconhecendo a precedente participação de *A*, instiga *B* a matar *C*. Se a instigação do sujeito *D* foi eficiente, é considerado partícipe do homicídio.

20. MOMENTO DA PARTICIPAÇÃO E EXCLUSÃO DA PARTICIPAÇÃO POSTERIOR AO DELITO

A participação pode ocorrer em qualquer das fases do *iter criminis*: cogitação, preparação, execução e consumação. Considerada isoladamente a conduta do executor, pode acontecer inclusive antes da cogitação: caso da determinação ou induzimento.

Em face disso, o fato que constitui a participação deve ser cometido antes ou durante a realização do delito. Se posterior, não é participação no crime anterior, mas sim delito autônomo.

Na vigência do CP de 1890, a contribuição posterior era considerada forma de participação no delito. Assim, o art. 21, § 3.º, punia como participação o fato de receber, ocultar, ou comprar coisas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabê-lo pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houvesse. O CP de 1940 corrigiu o erro, punindo o fato como delito autônomo, denominado receptação (art. 180). O art. 21, § 4.º, do CP de 1890 continha outra forma de participação posterior. Punia como partícipes os que dessem asilo ou prestassem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como tais e o fim para que se reuniam. O estatuto penal de 1940, não adotando participação dessa espécie, não seguiu a orientação antiga, punindo o fato como delito autônomo, denominado favorecimento pessoal (art. 348), consistente em auxiliar autor de crime a subtrair-se à ação de autoridade pública.

De observar que o auxílio posterior, prometido antes ou durante a realização do delito, constitui participação.

21. PARTICIPAÇÃO E ARREPENDIMENTO

Pode ocorrer que, iniciado o *iter criminis*, um dos participantes se arrependa de contribuir na conduta delituosa, persistindo os outros. Segundo Nélson Hungria, várias hipóteses podem acontecer:

1.ª) o arrependido é o autor principal, e não inicia a realização do crime projetado, ou é o partícipe, vindo este a impedir (por qualquer forma) que a execução tenha início: não existe fato punível;

2.ª) o arrependido é o autor principal e, iniciada a execução, desiste da consumação ou impede que o evento se produza; ou é o partícipe, que consegue impedir (por qualquer forma) seja alcançada a *meta optata*: em face do disposto no art. 15, não respondem por tentativa, ressalvados os atos anteriores à desistência voluntária ou arrependimento eficaz;

3.^a) o arrependido é o partícipe, resultando inútil o seu esforço para evitar a execução ou consumação por parte do autor principal: o arrependido responde pelo fato cometido pelo autor principal³⁴.

22. AUTORIA INCERTA

Dá-se a *autoria incerta* quando, na *autoria colateral*, não se apura a quem atribuir a produção do evento. Suponha-se que dois sujeitos, pretendendo matar a vítima a tiros de revólver, postam-se de emboscada, ignorando cada um o comportamento do outro. Ambos atiram e a vítima vem a falecer em consequência dos ferimentos produzidos pelos projéteis de um dos revólveres, não se apurando se de *A* ou de *B*. Qual a solução? Condenar ambos por homicídio consumado? Por tentativa de homicídio? Absolver ambos?

A Exposição de Motivos do CP de 1940, em face da adoção do princípio unitário do concurso de agentes, afirma que o estatuto repressivo resolve a questão: “Para que se identifique o *concurso*, não é indispensável um ‘prévio acordo’ das vontades: basta que haja em cada um dos concorrentes *conhecimento de concorrer à ação de outrem*. Fica, dessarte, resolvida a *vexata quaestio* da chamada autoria incerta, quando não tenha ocorrido ajuste entre os concorrentes” (n. 22). Como se nota, o princípio soluciona o problema se um dos concorrentes aderir a sua conduta ao comportamento alheio. Então, diante do liame subjetivo de adesão, há *coautoria*: ambos respondem pelo evento morte. Todavia, a questão inicialmente exposta é diferente: os sujeitos desconhecem as condutas paralelas e convergentes.

O CP não resolve o problema. A primeira solução não é correta, pois, condenando os sujeitos por homicídio consumado, um deles, não obstante autor de mera tentativa, seria inocentemente punido pelo fato mais grave. Absolver ambos também não seria correto, uma vez que praticaram, *pelo menos*, uma tentativa de homicídio. Aqui está a única solução: puni-los como autores de tentativa de homicídio, abstraindo-se o resultado, cuja autoria não se apurou.

Não deve ser confundida com autoria ignorada. Nesta, não se consegue apurar quem realizou a conduta. Na autoria incerta, a autoria é conhecida; a incerteza recai sobre quem, dentre os realizadores dos vários comportamentos, produziu o resultado.

23. CRIMES OMISSIVOS

A teoria do domínio do fato, que rege o concurso de pessoas, não tem aplicação aos delitos omissivos, sejam próprios ou impróprios, devendo ser

34. Ob. cit., p. 435 e 436.

substituída pelo critério da infringência do dever de agir³⁵. Na omissão, autor direto ou material é quem, tendo dever de agir para evitar um resultado jurídico, deixa de realizar a exigida conduta impeditiva, não havendo necessidade de a imputação socorrer-se da teoria do domínio do fato.

Tratando-se de crime próprio, não é admissível coautoria, uma vez que os omitentes, possuindo a qualificação jurídica exigida pelo tipo (*intranei*), são autores, mas não coautores. Ex.: se dois médicos, ainda que combinados, resolvem silenciar a respeito da presença de uma doença de notificação compulsória³⁶, cometem dois crimes, havendo dois autores diretos, mas não coautoria³⁷. Realmente, a coautoria, na lição de Johannes Wessels, baseia-se no princípio “do atuar em divisão de trabalho e na distribuição funcional dos papéis”, considerando o coautor um “colaborador e parceiro da resolução comum para o fato e da realização comunitária do tipo, de forma que as contribuições individuais completam-se num todo unitário, devendo o resultado final ser imputado a todos os participantes”³⁸. Nos delitos próprios, não se pode dizer que a omissão de um sujeito constitui parte do todo, que a conduta omissiva de um completa a do outro, que há divisão de tarefas etc.

Não há participação por *omissão* nos delitos omissivos próprios³⁹. É possível que num crime omissivo próprio nem todos os sujeitos tenham a qualificação típica solicitada pela norma de conduta. No exemplo do médico (*intraneus*) que silencia sobre a doença de notificação compulsória, imagine que ele e um enfermeiro sejam os omitentes. A omissão somente é imputável a ele, médico, uma vez que a obrigação de agir, específica na espécie, não é endereçada ao enfermeiro (*extraneus*)⁴⁰.

35. Günther Jakobs, La omisión: estado de la cuestión, in *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2000, p. 142 e 143, n. III. Entre nós, no mesmo sentido: Nilo Batista, *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1979, p. 63.

36. CP, art. 269: “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”.

37. Nesse sentido: Enrique Bacigalupo, *Derecho penal*; parte general, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 564, n. 1.158; Julio J. Casende Calvo, Problemas de autoría y participación en relación con los delitos de homicidio y asesinato, in *Delitos contra las personas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 150; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*; a nova parte geral, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 240.

38. *Direito penal*; parte geral, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sergio A. Fabris, Editor, 1976, p. 121.

39. Juan Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal*, Barcelona, Ed. Ariel, 1989, p. 296.

40. Nesse sentido: *RT*, 492:355.

É admissível participação por *ação* no crime omissivo próprio com autor omitente qualificado (ex.: induzimento)⁴¹. Na hipótese do crime do art. 269 do CP, suponha-se que um leigo (*extraneus*) induza o médico a omitir-se: há participação. Não por omissão, que não é admissível, mas por ação.

Não existe coautoria no crime omissivo próprio *comum*⁴². Suponha-se que vários sujeitos encontrem uma pessoa se afogando e, podendo salvá-la sem risco pessoal, deixem-na morrer. Há tantos crimes de omissão de socorro quantos sejam os omitentes, uma vez que não é admissível que os autores possam repartir comportamentos negativos⁴³.

Questiona-se a possibilidade de haver participação mediante omissão em crime omissivo próprio e comum. Suponha-se que o sujeito, informado *on line*⁴⁴ da gravidade do estado de saúde de uma pessoa ferida e não socorrida pelo seu inimigo, dolosamente omita o pedido de socorro a um médico ou a um hospital, aderindo sua conduta negativa à do omitente principal, na esperança de que, vindo a vítima a falecer, a resposta penal seja de maior severidade. É partícipe, mediante omissão, de um delito omissivo próprio e comum? Cremos que figura como autor.

Pode haver participação mediante *ação* em crime omissivo próprio e comum⁴⁵. Imagine que o sujeito, por telefone, induza o autor a não socorrer a vítima em grave e iminente perigo de vida. É partícipe mediante ação de um crime omissivo próprio e comum, qual seja, o de omissão de socorro⁴⁶.

Não existe coautoria na omissão imprópria. Imagine que pai e mãe, de comum acordo, venham a matar uma criança por falta de aleitamento. Há dois autores diretos de homicídio doloso.

41. Nesse sentido: Claus Roxin, *Problemas fundamentais de direito penal*, trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Lisboa, Vega Universidade, 1998, p. 174, n. 3; Zaffaroni, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 661.

42. No sentido do texto: Enrique Bacigalupo, op. cit., p. 564, n. 1.158; Julio J. Casende Calvo, op. cit., p. 150.

43. Julio J. Casende Calvo, op. cit., p. 151.

44. O ausente pode responder por crime de omissão de socorro (Euclides Custódio da Silveira, *Direito penal*; crimes contra a pessoa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 190, n. 90; JTACrimSP, 47:223; TACrimSP, ACrim 528.889, RJDTACrimSP, 2:107 e 109; STJ, RHC 62, JSTJ, 3:215 e 224).

45. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, atual. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga, Campinas, 1997, v. 2, p. 419.

46. João José Caldeira Bastos, Crime de omissão de socorro — divergências interpretativas e observações críticas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2001, 34:50, n. 2.6.

Não existe participação omissiva em crime comissivo mediante omissão, ocorrendo autorias. Mas, para que o omitente responda pelo delito a título de autor, é necessário que o comportamento negativo configure infração de dever jurídico de agir (situação de “garante”). Ex.: um policial assiste inerte ao fato de a mãe matar o próprio filho mediante omissão, subjetivamente aderindo a sua conduta à da executora principal. A mãe é autora direta (omitente), uma vez que possui o domínio do fato; o policial também deve ser considerado autor direto (omitente), pois violou o dever de agir. Mas não é partícipe, inexistindo concurso entre ambos.

É admissível participação mediante ação em delito omissivo impróprio. Ex.: um terceiro induz a mãe a matar o próprio filho mediante inanição⁴⁷.

É possível autoria por omissão em delito comissivo, desde que o sujeito tenha o dever jurídico de impedir o resultado. Suponha-se que um particular tome conhecimento de que uma quadrilha irá praticar um roubo e não denuncie o plano à autoridade competente. Não é autor nem partícipe do crime, pois não tinha o dever jurídico de impedir o fato⁴⁸. É o que ocorreria, no exemplo *supra*, se o omitente fosse o Delegado de Polícia do Distrito em que a quadrilha iria cometer o assalto. Assim, a autoria mediante omissão no delito comissivo ocorre quando existe a obrigação de impedir a afetação jurídica. Existe nela um *não fazer* correlato a uma obrigação *de fazer* impeditiva da afetação do interesse penalmente tutelado, dever este ligado às formas das quais advém o dever jurídico de obstar a prática do fato. Condiciona-se a dois requisitos:

- 1.º) dever jurídico de o sujeito opor-se à prática do crime;
- 2.º) vínculo subjetivo.

Em face das condições, é penalmente responsável o policial que, tomando conhecimento de que um roubo vai ser cometido num estabelecimento bancário, não toma providência impeditiva para vingar-se do gerente que lhe havia negado um empréstimo⁴⁹. É partícipe do furto o empregado que, deliberadamente, deixa aberta a porta da fábrica que estava obrigado a fechar, para permitir a entrada de ladrões e vingar-se do patrão.

Quando inexistente o dever de agir, fala-se em *convivência* ou *participação negativa*.

47. Nesse sentido: Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de direito penal*; parte geral, São Paulo, Saraiva, 2000, v. 1, p. 393.

48. Não é aplicável o art. 66, I e II, da Lei das Contravenções Penais, uma vez que o omitente não se encontrava nas condições do tipo (funcionário público no exercício da função ou profissional no exercício da Medicina).

49. No sentido do texto: Jescheck, *Tratado de derecho penal*; parte general, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Editorial Comares, 1993, p. 551.

Convivência consiste em omitir voluntariamente a realização do ato impeditivo da prática do crime, ou a informação à autoridade pública, ou retirar-se do local onde o delito está sendo cometido, ausente o dever jurídico de agir. A convivência pode produzir um destes efeitos:

1.º) constitui infração *per se stante* (não configura participação no crime do autor principal e sim infração autônoma). Ex.: suponha-se que um exímio nadador presencie a mãe lançar seu filho de tenra idade numa piscina e, sem qualquer risco pessoal, permite que a criança venha a falecer por afogamento. Não há falar em participação. Ambos são autores. Não, porém, coautores. A mãe é autora direta de um crime comissivo; o nadador deve ser considerado autor direto de um delito omissivo, mas não é partícipe por omissão no crime de homicídio, pois não tinha o dever jurídico *específico* de impedir o evento. De ver que, como infringiu um dever *genérico* de assistência, responde por crime de omissão de socorro;

2.º) não constitui participação no delito do autor principal nem infração autônoma. É impunível. Ex.: o sujeito toma conhecimento de um furto a ser praticado pelo agente e não dá *notitia* à autoridade policial, que poderia evitar a sua prática. Cometido o furto, o omitente não é partícipe nem responde por infração autônoma, inaplicável o art. 66 da LCP.

Pode haver participação mediante omissão em crime próprio comissivo. Ex.: dois funcionários de um estabelecimento prisional, de comum acordo, resolvem promover a evasão de um detento. Um lhe entrega a chave da cela (ação); o outro não fecha o portão de saída (omissão).

24. COMUNICABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE DE CONDIÇÕES, ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS

Segundo dispõe o art. 30 do CP, não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Que são circunstâncias, condições e elementares do crime?

Circunstâncias são dados acessórios (acidentais) que, agregados ao crime, têm função de aumentar ou diminuir a pena. Não interferem na qualidade do crime, mas sim afetam a sua gravidade (*quantitas delicti*). Não se consideram circunstâncias as causas de exclusão da antijuridicidade e da culpabilidade.

Condições pessoais são as relações do sujeito com o mundo exterior e com outras pessoas ou coisas, como as de estado civil (casado), de parentesco, de profissão ou emprego⁵⁰. Maggiore, falando em condições e quali-

50. Mezger, *Derecho penal*; parte general, trad. Conrado Finzi, Livro de estudo, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, p. 320 e 321.

dades pessoais, ensinava que são os estados, empregos, qualidades, dignidades, situações etc., em que se encontra uma pessoa, como o estado de filho ou de cônjuge, a qualidade de funcionário público, de defensor, de ministro de um culto etc.⁵¹. A rigor, tais condições já funcionam como circunstâncias na Parte Geral ou Especial do CP, ou como elementares da figura típica, pelo que, segundo entendemos, torna-se supérflua a referência a elas.

Elementares são os elementos típicos do crime, dados que integram a definição da infração penal.

As circunstâncias podem ser:

- a) objetivas (materiais ou reais);
- b) subjetivas (ou pessoais).

Circunstâncias objetivas são as que se relacionam com os meios e modos de realização do crime, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades de vítima.

Circunstâncias subjetivas (de caráter pessoal) são as que só dizem respeito com a pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes.

Sob outro aspecto, as circunstâncias dividem-se em:

1.º) *judiciais*, previstas no art. 59 do CP⁵²;

2.º) *legais*, que se subdividem em:

A) *gerais*, *comuns* ou *genéricas*, que são:

a) agravantes (circunstâncias qualificativas), previstas nos arts. 61 e 62;

b) atenuantes, descritas no art. 65;

c) causas de aumento e de diminuição da pena (p. ex.: a do art. 26, parágrafo único);

B) *especiais* ou *específicas* (previstas na Parte Especial do CP), que podem ser:

a) qualificadoras (ex.: arts. 121, § 2.º, e 155, § 4.º);

b) causas de aumento ou de diminuição da pena, em quantidade fixa ou variável (ex.: arts. 226 e 221).

Observando que a participação de cada concorrente adere à conduta e não à pessoa dos outros participantes, devemos estabelecer as seguintes regras:

51. *Derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1954, v. 2, p. 129.

52. Alguns autores entendem que tecnicamente tais dados não são circunstâncias, mas critérios ou diretivas para a aplicação da pena pelo juiz. Em nossa doutrina, porém, é tradicional a consideração desses dados como *circunstâncias judiciais*.

1.^a) não se comunicam as condições ou circunstâncias de caráter pessoal (de natureza subjetiva);

2.^a) a circunstância objetiva não pode ser considerada no fato do partícipe ou coautor se não ingressou na esfera de seu conhecimento;

3.^a) as elementares, sejam de caráter objetivo ou pessoal, comunicam-se entre os fatos cometidos pelos participantes, desde que tenham ingressado na esfera de seu conhecimento.

Assim, quando um dado é simplesmente circunstância ou condição do crime, aplicam-se as duas primeiras regras; quando é elementar (elemento específico), aplica-se a última.

Vejamos a aplicação das três regras:

a) Incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal

Em caso de coautoria ou participação, os dados inerentes à pessoa de determinado concorrente não se estendem aos fatos cometidos pelos outros participantes. Exs.:

1.^o) *A* (reincidente) induz *B* (primário) a cometer um delito. A agravante prevista no art. 61, I, do CP (recidiva) não se estende a *B*.

2.^o) *A*, por motivo de relevante valor moral, comete um crime com o auxílio de *B*, que desconhece a circunstância. Ao agente *B* não se aplica a atenuante do art. 65, III, *a*.

3.^o) *A* participa de um crime cometido por *B*, encontrando-se este nas condições descritas no art. 26, parágrafo único. A causa de diminuição de pena não se estende ao partícipe *A*.

4.^o) *A* comete um crime de homicídio por motivo torpe, contando com o auxílio acessório e secundário de *B*, insciente da torpeza. *A* responde por homicídio qualificado (art. 121, § 2.^o, I); *B*, na ausência de outra qualificadora, responde por homicídio simples (art. 121, *caput*). Ao partícipe não se comunica a qualificadora de natureza pessoal⁵³.

5.^o) *A* comete um crime de estupro (art. 213) contra a própria filha, induzido por *B*, que desconhece a relação de parentesco. Ao indutor não se aplica a causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, 1.^a figura, do CP (sem prejuízo da aplicação do disposto no inciso I do mesmo artigo).

6.^o) *A*, por motivo de relevante valor social, pratica um crime de homicídio com a participação secundária de *B*, que desconhece a razão deter-

53. Contra: Nélson Hungria, para quem “a incomunicabilidade das circunstâncias pessoais cessa quando estas entram na própria noção do crime. No *homicídio qualificado*, p. ex., as *qualificativas* de caráter pessoal, *ex capite executoris*, se estendem aos partícipes” (ob. e loc. cit., p. 437). Isso é responsabilidade penal objetiva.

minante. A causa de diminuição de pena, descrita no art. 121, § 1.º, não se aplica ao partícipe *B*.

b) A circunstância objetiva não pode ser considerada no fato do partícipe ou coautor se não entrou na esfera de seu conhecimento

No primitivo CP de 1940, à luz do art. 26, era comum o entendimento de que era incondicional a comunicabilidade das circunstâncias de caráter objetivo⁵⁴. Assim, se *A* induzisse *B* a cometer um crime de dano, e o autor principal empregasse violência física, incidiria sobre a pena do partícipe a qualificadora do art. 163, parágrafo único, I, 1.ª figura, embora o fato que a constitui não tenha passado pela sua previsibilidade. No caso, a circunstância qualificadora comunicava-se entre os fatos dos participantes em face de sua natureza real.

A opinião dos autores brasileiros citados certamente se fundamentava no art. 118 do CP italiano: “as circunstâncias objetivas que agravam ou diminuem a pena, ainda que desconhecidas por todos os que concorrem no crime, são valoradas a seu favor ou desfavor”. Ainda mais: o art. 59 do estatuto peninsular determina que “salvo quando a lei disponha de outro modo, as circunstâncias que agravam... a pena são avaliadas... a cargo do agente, ainda que dele não conhecidas...”.

A comunicabilidade incondicional das agravantes objetivas é pura responsabilidade penal objetiva, o que não se concebe no moderno Direito Penal. Analisando a disposição italiana, Bettiol dizia o seguinte: “Tratando-se de circunstâncias agravantes..., aplica-se a regra do art. 59, pela qual se deve respeitar sua efetiva e objetiva existência, independentemente do conhecimento que dela possa ter o autor ou partícipe. Elas se comunicam sempre, de modo a serem valoradas de modo objetivo... De sorte que se Tício instigou Caio a furtar objeto que considera de valor médio, responderá por furto agravado (art. 61, n. 9), quando o objeto furtado resulte de valor excepcional... Estamos indubitavelmente diante de uma hipótese de responsabilidade objetiva”⁵⁵.

No Brasil, diante dos efeitos de tal entendimento (responsabilidade penal sem culpa), os doutrinadores teceram críticas ao estatuto penal. Cos-

54. Nélson Hungria: “Dispõe o art. 26 que ‘não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime’. *A contrario sensu*, são sempre comunicáveis as circunstâncias *reais* (objetivas) e as *mistas* (subjeto-objetivas), sejam ou não conhecidas de todos os concorrentes”. Em nota de rodapé, dizia: “Não há falar-se, aqui, em responsabilidade objetiva: quem se mete numa empresa criminosa, aceita-lhe, de antemão, os riscos” (ob. cit., p. 436 e nota 20). Interpretava o art. 26 do CP de 1940, de redação semelhante ao atual art. 30.

55. Ob. cit., v. 2, p. 289.

ta e Silva, após dizer que as circunstâncias objetivas, conhecidas ou não, sempre se comunicam, afirmava: “Há aí uma responsabilidade sem culpa ou objetiva”⁵⁶. No mesmo sentido se pronunciavam Magalhães Noronha e Basileu Garcia, socorrendo-se da causalidade psíquica para evitar a responsabilidade objetiva⁵⁷.

Heleno Cláudio Fragoso, no relatório do grupo brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, apresentado ao IX Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Haia (1964), respondendo às indagações do relatório geral, após dizer que, “em nosso direito, a distinção entre circunstâncias de caráter pessoal (subjetivas) e circunstâncias objetivas” é essencial, propôs à atenção dos congressistas a seguinte questão: “No Direito Penal moderno não pode haver pena sem culpabilidade. A responsabilidade objetiva que algumas leis prevêm, relativamente às circunstâncias agravantes, como faz, p. ex., o vigente CP italiano, é intolerável. É indispensável fixar como princípio básico fundamental o de que não pode ser considerada a circunstância agravante se não houve culpa em relação à mesma”⁵⁸.

Hoje, a regra do art. 30, que trata da comunicabilidade das elementares e circunstâncias, deve ser interpretada à luz do art. 29, *caput*, parte final, do CP, segundo o qual a pena deve ser medida de acordo com a culpabilidade de cada um dos participantes, levando-se em conta a presença do dolo e da culpa.

É esse o princípio a ser seguido: as circunstâncias objetivas só alcançam o partícipe ou coautor se, sem haver praticado o fato que as constitui, houverem integrado o dolo ou a culpa. Em se tratando de circunstância objetiva agravante, não pode ser considerada em relação ao coautor ou partícipe se não agiu pelo menos com culpa em relação à mesma; cuidando-se de qualificadora ou causa de aumento de pena (prevista na parte geral ou especial do CP), a agravação não alcança o terceiro senão quando (em relação a ela) tiver agido, pelo menos, culposamente. Exs.:

1.º) A induz B a praticar um crime de lesão corporal contra C, sem determinar a forma de execução. B, de *emboscada*, lesiona a integridade física da vítima. Ao fato do partícipe A não incide a circunstância agravante (objetiva) prevista no art. 61, II, c, 2.ª figura, do CP.

56. Ob. cit., p. 159.

57. Magalhães Noronha, *Direito penal*, São Paulo, 1980, v. 1, p. 224; Basileu Garcia, ob. e loc. cit., p. 425 e 426.

58. Circunstâncias agravantes, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 6:111 e 113. De observar que Roberto Lyra, já em 1938, propunha: “As circunstâncias objetivas agravantes da penalidade de algum dos concorrentes... se comunicam aos demais agentes que as conheceram no momento em que concorrem ao crime” (ob. cit., p. 391).

2.º) A instiga B a cometer constrangimento ilegal contra C. B, sem previsibilidade por parte de A, emprega arma de fogo na execução do delito. Ao partícipe A não incide a causa de aumento de pena prevista no art. 146, § 1.º, 2.ª figura, do CP.

3.º) A aconselha B a praticar homicídio contra C. B, para a execução do crime, emprega *asfixia*. O partícipe não responde por homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, III, 4.ª figura), a não ser que o meio de execução empregado pelo autor principal tenha ingressado na esfera de seu conhecimento.

As circunstâncias atenuantes de natureza objetiva são aplicáveis aos participantes segundo a sua própria culpabilidade.

c) As elementares, sejam de caráter objetivo ou pessoal, comunicam-se entre os fatos cometidos pelos participantes desde que tenham ingressado na esfera de seu conhecimento

O princípio decorre do requisito da identidade de infração para todos os participantes. Qualquer elemento que integra o fato típico fundamental comunica-se a todos os concorrentes. Exs.:

1.º) A, funcionário público, comete um crime de peculato (art. 312), com a participação de B, não funcionário público. Os dois respondem por crime de peculato. A elemental de natureza pessoal (funcionário público) comunica-se ao partícipe.

2.º) A, solteiro, induz o sujeito B, casado, a praticar crime de bigamia (art. 235). Ambos respondem por bigamia, embora o indutor A não seja *casado*. A elemental de natureza subjetiva (“casado”) estende-se ao fato do partícipe.

É comum o entendimento segundo o qual as elementares *sempre* se comunicam entre os fatos dos participantes. De observar que enquanto em outros dispositivos o Código emprega a expressão “sempre” (exs.: arts. 61, *caput*, e 65, *caput*), no art. 30 a norma não diz que as elementares *sempre* se comunicam. Embora o art. 29, *caput*, determine a aplicação da mesma pena aos concorrentes, é princípio consagrado na parte final da disposição que a sua quantidade varia de acordo com a culpabilidade de cada um. Além disso, a aplicação incondicional da regra da comunicabilidade das elementares pode levar, em alguns casos, à autêntica responsabilidade penal objetiva. Suponha-se que um estranho partícipe de um crime de peculato desconhecendo a qualidade pessoal de funcionário público do autor principal. Puni-lo por peculato é injusto, sendo autêntica aplicação do princípio da punibilidade sem culpabilidade. Como diz Ricardo C. Nuñez, cada partícipe deve possuir o estado de ânimo exigido pelo tipo, já que esse estado

toma parte do tipo realizado em comum⁵⁹. É necessário, como dizia Bettiol, para a admissibilidade da participação, que subsistam no caso concreto os requisitos da própria participação: objetivo e subjetivo. É preciso que o partícipe estranho tenha cooperado acessoriamente na produção do resultado ou tenha de qualquer modo determinado o *intraneus* a realizar a conduta típica com consciência e vontade de consentir em crime próprio. É imprescindível que o partícipe conheça a qualidade pessoal do autor. Bettiol assinalava o princípio segundo o qual, em caso de participação em crime próprio, a pessoa não qualificada, para poder ser punida a título de participação, deve ter tido conhecimento da qualidade pessoal inerente ao culpado. Seria, realmente, excessivo debitar também de modo objetivo o crime ao partícipe ignaro da qualidade pessoal do autor. Assim, o partícipe só responde por peculato quando conhece a qualidade pessoal do autor: as elementares só se comunicam quando ingressam na esfera do dolo do partícipe (ou coautor). Bettiol observava que essa regra “se deduz dos princípios gerais em matéria de participação, mas é confirmada por importantíssima disposição do Código de Navegação” (italiano), “a do art. 1.081, em virtude da qual, ‘fora do caso regulado pelo art. 117 do CP, quando para a existência de crime previsto pelo presente Código é exigida qualidade pessoal particular, os que, sem revestir essa qualidade, concorrem no crime, respondem por ele se tiveram conhecimento da qualidade pessoal inerente ao culpado’. Esta norma não se destina a ter influência no campo restrito do Código de Navegação, pois, inserindo-se no sistema, desempenha eficácia de caráter geral”⁶⁰.

Esse princípio está hoje consagrado em nosso CP, ao determinar que a pena deve ser medida pela culpabilidade de cada um dos participantes do delito.

25. CONCURSO DE PESSOAS E INFANTICÍDIO

a) Exposição do tema

A legislação penal brasileira, através de seus estatutos repressivos, tem conceituado o crime de infanticídio de formas diversas.

O Código Criminal de 1830, em seu art. 198, determinava: “Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra: Pena — prisão com trabalho por um a três anos...”. A sanção era bem mais branda

59. *Los elementos subjetivos del tipo penal*, p. 39. Essa é também a opinião de Fontán Balestra, *El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, Depalma, 1957, p. 195.

60. *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, Revista dos Tribunais, 1971, v. 2, p. 284 e 285.

que a imposta ao homicídio, forjando a seguinte contradição: o legislador considerava infanticídio o fato (homicídio) cometido por terceiros e sem o motivo de honra, impondo a pena de três a doze anos, enquanto o homicídio simples possuía *sanctio juris* mais severa, atingindo até a pena de morte.

O CP de 1890 definia o crime com a proposição seguinte: “Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte” (art. 298, *caput*). O preceito secundário da norma incriminadora impunha a pena de prisão celular de seis a vinte e quatro anos. O parágrafo único cominava pena mais branda: “Se o crime for perpetrado pela mãe, para ocultar a desonra própria: Pena — de prisão celular por três a nove anos”.

Alcântara Machado estendia o privilégio a outras pessoas além da mãe da vítima: “Matar infante durante o parto ou logo depois deste para ocultar a desonra própria ou do ascendente, descendente, irmã ou mulher”.

O CP de 1940 adotou critério diverso, acatando o de natureza psico-fisiológica da influência do estado puerperal.

A conduta que se encerra no tipo legal do infanticídio vem contida no preceito primário do art. 123: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena — detenção, de dois a seis anos”.

Pode ocorrer a hipótese de terceiro concorrer para a prática do crime. Surge a questão: ao partícipe do crime de infanticídio deve ser aplicada a pena cominada para esse delito ou a aplicável no caso de homicídio?

Trata-se de crime próprio, uma vez que somente a mãe pode ser autora da conduta criminosa em face do tipo, assim como só o nascente ou o neonato pode ser sujeito passivo. Essa qualificação doutrinária, porém, não afasta a possibilidade da participação delituosa.

A norma de extensão do art. 29, *caput*, 1.^a parte, reza: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Assim, quem concorre para a prática do infanticídio deve submeter-se à sanção imposta: detenção, de dois a seis anos.

A solução não é tão fácil. Contra a orientação apresentada há abalizadas opiniões. O fulcro da discussão encontra-se na questão da comunicabilidade do elemento referente à “influência do estado puerperal”.

Sobre o assunto já opinara Carrara, entendendo no sentido da comunicabilidade⁶¹.

Em 1943, na Conferência dos Desembargadores, a conclusão sobrevida aos debates, tomada por maioria de votos, foi formulada em termos de comunicabilidade.

61. *Programa*; parte especial, v. 1, § 1.229.

Na doutrina brasileira, adotavam o ponto de vista da comunicabilidade: Roberto Lyra, Olavo Oliveira, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Basileu Garcia, Euclides Custódio da Silveira e Bento de Faria⁶².

Ensinavam que o partícipe deve responder por crime de homicídio: Nélson Hungria, que mudou de opinião, Heleno Cláudio Fragoso, Galdino Siqueira e Aníbal Bruno⁶³.

Em face das normas penais reguladoras da matéria, o participante deve responder por infanticídio.

É certo e incontestável que a influência do estado puerperal constitui elementar do crime de infanticídio. De acordo com o que dispõe o art. 30, “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Assim, nos termos da disposição, a influência do estado puerperal (elementar) é comunicável entre os fatos dos participantes. Como dizia Basileu Garcia, “visto que a qualidade individual foi incorporada pelo legislador à própria figura delituosa e faz parte integrante da definição contida no art. 123, nada impede que um homem, que haja instigado ou auxiliado a puérpera a matar o próprio filho, venha a disputar o tratamento privilegiado”⁶⁴.

Parte da doutrina observa que o concorrente, para responder unicamente por infanticídio, deve ter participação meramente acessória na conduta do autor principal, induzindo, instigando ou auxiliando a parturiente a matar o próprio filho. “Se for ele o autor da morte” — ensinava José Frederico Marques — “i. e., a pessoa que executa a ação contida e definida no núcleo do tipo, então a sua conduta, matando ao nascente ou ao neonato, será en-

62. Roberto Lyra, *Noções de direito penal*, v. 1, n. 137; Olavo Oliveira, *O delito de matar*, p. 198; Magalhães Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 58; José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 141; Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, v. 1, t. 1, p. 422, e *Apostilas*, p. 116; Euclides Custódio da Silveira, *Crimes contra a pessoa*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 97 e 98.

63. Nélson Hungria, ob. cit., v. 1, t. 2, p. 437 e 438, e v. 5, p. 266; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*; parte especial, v. 1, p. 46; Galdino Siqueira, *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 58. No mesmo sentido: Adriano Marrey, O crime de infanticídio — O conceito de crime próprio e o problema da coautoria, no crime de infanticídio, *Justitia*, 43:5; A. J. da Costa e Silva, Infanticídio, *Justitia*, 44:9; Nélson Pizzotti Mendes, O crime previsto no art. 123 do Código Penal brasileiro, Prêmio Costa e Silva de 1963, *Justitia*, 48:57. V. a lição de Aníbal Bruno, ob. cit., v. 4, p. 150. Nélson Hungria, pouco antes de falecer, mudou de posição, passando a entender que o terceiro também responde por crime de infanticídio (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 6. ed., Rio de Janeiro, 1981, V, p. 266).

64. Ob. e loc. citis.

quadrada no art. 121”⁶⁵. Não é outra a lição de Euclides Custódio da Silveira: “É evidente que a participação há de ter caráter meramente acessório, caso contrário o partícipe terá praticado um homicídio”⁶⁶.

Embora aceitando essa orientação sob o aspecto prático, sob o da interpretação das normas que regem a matéria, entendemo-la errônea.

Analisando a questão, antes de mudar de posição, afirmava Nélson Hungria que “a ressalva do” antigo “art. 26 não abrange as condições *personalíssimas* que informam os chamados *delicta excepta*. Importam elas em *privilegium* em favor da pessoa a que concernem. São conceitualmente inextensíveis e impedem, quando haja cooperação com o *beneficiário*, a unidade do título do crime. Assim, a ‘influência do estado puerperal’ no ‘infanticídio’, embora elementar, não se comunica aos cooperadores, que responderão pelo tipo comum do crime (*i. e.*, sem o *privilegium*)”. Cuidando de estudar o crime de infanticídio, asseverava Hungria que se trata de um delito “personalíssimo em que a condição ‘sob a influência do estado puerperal’ é *incomunicável*. Não tem aplicação, aqui” — continuava — “a norma do art. 26, sobre as *circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime...* O partícipe (instigador, auxiliar ou coexecutor material) do infanticídio responderá por homicídio”⁶⁷.

Nos termos da explanação de Hungria, estaria sendo criada uma terceira espécie de circunstâncias: as *personalíssimas*, a par das de natureza *objetiva e pessoal*. Diante, porém, da letra do art. 30, só há duas espécies: as materiais e as de ordem subjetiva. A terceira espécie não é prevista em lei. E, como diz Luiz Vicente Cernicchiaro, a lição de Hungria não está livre de censura. E conclui: “Não é de repelir-se a codelinquência no *infanticídio* (homicídio privilegiado). Chegar-se-á, evidentemente, a absurdo biológico, visto não poder ser considerada sob a influência do estado puerperal senão a parturiente. A conclusão, contudo, decorre do ordenamento jurídico”⁶⁸.

b) Pronunciamento do IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins

O IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado no Recife (2 a 8-8-1970), pronunciou-se a respeito da questão da participação de terceiro no crime de infanticídio. A tese oficial *Infanticídio e concurso*

65. Ob. e loc. citis.

66. Ob. cit., p. 100.

67. Ob. cit., v. 1, t. 2, p. 437 e 438; 1977, v. 5, p. 541 e 542.

68. Pluralidade subjetiva — concorrência frustra, *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, 9:96.

de agentes em face do novo Código Penal, que apresentamos, aprovada por unanimidade, foi transformada em mensagem do próprio Congresso e enviada à Comissão de Reforma do CP de 1969. Nela, analisando os estatutos repressivos de 1940 e 1969, entendemos que o coautor ou partícipe do fato responde por infanticídio. Sugerimos a conversão do infanticídio em causa de diminuição de pena do homicídio (homicídio privilegiado), inovação que recebeu aplauso geral.

Pugnando pela comunicabilidade da elementar subjetiva ao participante, dissemos que serve de elemento de interpretação a descrição legal do crime de “exposição ou abandono de recém-nascido”, que possui a elementar de natureza pessoal “por motivo de honra”. No CP de 1940 o fato é cometido *para ocultar desonra própria* (art. 134). José Frederico Marques, analisando a questão do concurso de pessoas, afirmava: “Essa elementar, embora personalíssima, comunica-se aos coautores ou participantes do crime, em face do que dispõe o” antigo “art. 26 do CP”⁶⁹. Euclides Custódio da Silveira expôs a mesma opinião: “O crime do art. 134, tal como o infanticídio, é privilegiado e autônomo, pois a circunstância subjetiva ou psicológica especialíssima da *honoris causa* incide na *qualidade* e não apenas na quantidade do delito. E, em se tratando de circunstância de caráter pessoal, elementar do tipo, comunica-se aos copartícipes (CP, art. 26)”⁷⁰.

Não cremos correto o raciocínio dos que dizem que o terceiro só responderia por infanticídio se a lei, de maneira expressa, como fazem alguns códigos, a *ele* fizesse referência. Se essa orientação fosse correta, então responderia por furto o terceiro que induzisse o funcionário público a praticar peculato-furto, uma vez que na descrição desse crime não se encontra referência à codelinquência. Ainda mais. Não admitiriam a figura da codelinquência os crimes que tivessem em sua descrição típica referência a elementos psicológicos. Mesmo na Argentina, em que o CP expressamente menciona a possibilidade de terceiros qualificados praticarem infanticídio, Soler admitia a participação de pessoas não qualificadas: “Devemos afirmar que o infanticídio é um delito perfeitamente definido e autônomo, e que a existência do elemento subjetivo exigido pela lei num dos partícipes primários” (*honoris causa*) “é suficiente para determinar a aplicação da figura privilegiada” aos outros. Quintano Ripolés, analisando a legislação espanhola, expõe a mesma opinião: “La plena sustantividad autónoma del delito de infanticidio, incluso debiera llevar con consecuencia la posibilidad de coparticipaciones ordinarias a título de autoría, cumplicidad o encubrimiento”⁷¹.

69. Ob. cit., v. 4, p. 324.

70. Ob. cit., p. 188.

71. Soler, ob. cit., v. 3, p. 83; Ripolés, ob. cit., t. 2, p. 212.

Observamos que o CP silencia quanto à possibilidade de o terceiro praticar infanticídio *causa honoris*. A omissão significa que a lei entende deva o terceiro não responder por esse delito, mas sim por homicídio? Não cremos. Se assim fosse, em todos os crimes em que a descrição típica fizesse menção ao *motivo* do autor principal, silenciando o Código a respeito da participação de terceiro, responderia este por delito autônomo (se fosse caso) e não como partícipe do fato principal. Assim, o art. 208 descreve o fato delituoso do “ultraje por motivo de religião”, em que se insere o motivo da prática. Qual a situação do partícipe que não comete o fato por aquele motivo, uma vez que a disposição a ele não faz referência? Não obstante o silêncio da lei, responde pelo delito do autor principal. Suponha-se que o terceiro instigue funcionário público a praticar prevaricação (art. 319). A disposição não afirma que o terceiro responde por esse delito. A solução, porém, não pode ser outra: é partícipe do crime. Assim também no infanticídio: a omissão não pode significar impedimento ao concurso de pessoas.

A solução inversa quebra a unidade do crime que existe no concurso de pessoas, pois a regra do art. 29, *caput*, 1.^a parte, só pode ser derogada mediante texto expresse.

Não comungamos da opinião dos que afirmam que o terceiro só responde por infanticídio se participar de maneira meramente acessória. Para nós, *diante da lei*, tanto faz que pratique o núcleo do tipo ou participe do fato induzindo ou instigando a autora principal. De outra forma, haveria soluções díspares. Suponha-se que terceiro não qualificado *instigue* um funcionário público a cometer peculato. Ambos respondem por esse crime, observando que a participação é meramente acessória. Suponha-se agora que o funcionário público pretenda cometer peculato-furto, subtraindo uma pesada máquina da repartição. Se o terceiro cooperar materialmente na prática do fato, ajudando o funcionário a carregar a *res furtiva*, deixará de responder por peculato, subsistindo o furto? Não parece. E, no caso, não houve participação meramente acessória. Trata-se de coautoria. Assim também no infanticídio pode haver coautoria ou participação. E não era outra a lição de Soler: “Entendemos resolver así no solamente el caso de la amiga que *ayuda* a la autora a cometer el infanticidio, sino también el caso en cual la madre, no atreviéndose a ejecutar por sí sola el hecho, requiere la cooperación material de otro”⁷². Essa orientação não constitui novidade. Já a proclamava Carrara: se a criança foi morta pela mão da mulher e os outros não foram mais que seus *auxiliares*, é claro que deverão “ser castigados como partícipes de um *infanticídio* e não de *homicídio*... Ao contrário, porém, se a mulher não foi mais que coautora, seja porque instigou outro a executar a morte, seja porque cooperou para a produção da morte executada pelo outro, que se

72. Ob. cit., v. 3, p. 83.

poderá dizer desses dois autores?” A seguir, pronunciava-se pela responsabilidade de ambos pelo delito de infanticídio⁷³.

A opinião restritiva de José Frederico Marques não é satisfatória. Quando afirma a comunicabilidade, diz que a tese contrária quebra “a unidade de crime que existe na coautoria”⁷⁴. Ensinando, porém, que o terceiro só responde por infanticídio quando a participação é “exclusivamente acessória”, havendo homicídio “se executa a ação contida e definida no núcleo do tipo”⁷⁵, cria uma solução que também se choca contra o princípio da “unidade de crime para todos os sujeitos” que rege a codelinquência, pois o Código adotou a teoria unitária do concurso de pessoas. E não se trata de *exceção pluralística do princípio unitário*, uma vez que depende de preceito expresso.

Analisando o CP de 1940, Euclides Custódio da Silveira propôs a seguinte questão: “A mãe, que participa da morte do filho recém-nascido praticada por outrem, responderá como coautora de homicídio ou como infanticida?” Solução: “Inegavelmente, se ela se achava sob a influência do estado puerperal, psiquicamente perturbada, responderá por crime de infanticídio, tal como se fora a responsável principal e não apenas partícipe. O bom-senso assim o exige, beneficiando-se ela da circunstância personalíssima”⁷⁶. Sob o aspecto do “bom-senso”, a lição é irrepreensível. Em face do prisma “legal”, porém, não está isenta de censura. No caso, a mãe não pratica o núcleo do tipo contido no verbo “matar” da descrição legal. O seu ato de coautoria, induzindo ou instigando o terceiro, com o domínio do fato, por si mesmo é atípico. Torna-se típico por força da norma de extensão da Parte Geral. Em outros termos, o seu comportamento só se enquadra na figura típica porque acede a um comportamento principal. E, na hipótese, conforme a solução dada (o terceiro não responde por infanticídio), o fato principal constitui *homicídio*. Ora, como é que uma conduta inicialmente atípica, agregada a uma conduta principal que se denomina homicídio, transforma-se em infanticídio sem texto expresso a respeito? A solução *legal*, então, seria a mãe responder como coautora do homicídio. A solução, todavia, fere o “bom-senso”.

Na verdade, temos três hipóteses:

- 1.^a) a mãe e o terceiro concretizam o núcleo do tipo “matar” (pressupondo o elemento subjetivo específico);
- 2.^a) a mãe mata a criança contando com participação acessória do terceiro;
- 3.^a) o terceiro mata a criança, figurando a mãe como coautora intelectual.

73. Ob. e loc. cit., § 1.229, nota 1.

74. Ob. cit., v. 2, p. 316.

75. Ob. cit., v. 4, p. 141.

76. Ob. cit., p. 100. Nélson Hungria tinha a mesma opinião (ob. cit., 1977, v. 5, p. 266).

Nos três casos, o *bom-senso* indica que o terceiro deve responder por homicídio (atenuado, se for o caso, como, p. ex., quando sua participação é de somenos importância) e a mãe, por infanticídio. *Diante da lei*, porém, a solução é no sentido de ambos responderem por infanticídio.

Examinemos as três hipóteses à luz do pronunciamento do Congresso:

1.^a) Se ambos matam a criança, qual o fato: homicídio ou infanticídio? Coautoria em qual dos delitos? Se tomarmos o homicídio como fato, haverá a seguinte incongruência: se a mãe mata o filho sozinha, a pena é menor; se com o auxílio de terceiro, de maior gravidade. Por outro lado, fica destruída a intenção de a lei beneficiá-la quando pratica o fato *honoris causa*. Se tomarmos o infanticídio como fato, o terceiro também deve responder por esse crime, sob pena de quebra do princípio unitário que vige na coautoria.

2.^a) Se a mãe mata a criança *honoris causa*, o fato principal é infanticídio, a que acede a conduta do terceiro, que também deve responder por esse delito. Solução só ocorreria se houvesse texto expresse a respeito.

3.^a) Se o terceiro mata a criança, contando com a coautoria intelectual da mãe, qual o fato principal? Homicídio ou infanticídio? Não pode ser homicídio, pois, se assim fosse, haveria outra incongruência: se a mãe *matasse* a criança, responderia por delito menos grave (infanticídio); se fosse coautora intelectual, responderia por crime mais grave (participação no homicídio).

Observamos que a respeito dessa hipótese assim já se pronunciou Basileu Garcia: “Deverá... a mãe que *auxilia* o homicídio praticado por terceiro responder por homicídio, embora esteja ela nas condições psíquicas previstas no art. 123?” (do CP de 1940). E respondia: “A solução afirmativa é a que decorre dos princípios aceitos pelo Código acerca do concurso de delinquentes. Trata-se de um homicídio, e as pessoas que colaboram num homicídio são homicidas, não infanticidas. É o que decorre no art. 25 do Código. Mas essa solução, que é teoricamente exata, leva a um absurdo na aplicação da pena: por uma contribuição criminal menos importante (auxiliar a matar) a mãe seria punida mais severamente do que pela realização integral do crime. Como homicida, teria penas que vão de 6 a 30 anos de reclusão. Como infanticida, penas que vão de 2 a 6 anos de detenção. Por equidade, deve-se-lhe manter a classificação de autora de um infanticídio. Não seria, porém, justo, nessa hipótese, que essa classificação atingisse, também, o executor direto da morte, autêntico homicida”⁷⁷.

Como se vê, o critério lógico e prático encontra obstáculo na própria lei que, expressamente, não fornece solução que atenda ao bom-senso.

c) Nossa sugestão

Na descrição legal do crime de homicídio (art. 121), logo após o tipo fundamental, o legislador inseriu a forma privilegiada: “Se o agente come-

77. *Apostilas*, 3.º Ano, 1957, p. 117 e 118. V., também, Carrara, ob. e loc. cit.

te o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço” (§ 1.º).

Os dados contidos na figura típica privilegiada são circunstâncias legais especiais ou específicas de natureza subjetiva. Diante do disposto no art. 30, são incommunicáveis em caso de concurso de agentes, uma vez que não constituem *elementares*.

Suponha-se que *A* e *B* cometam um homicídio, em que o primeiro tenha a seu favor o motivo de relevante valor moral, não estando presentes na conduta do segundo as circunstâncias de caráter pessoal do delito privilegiado (ausente qualquer qualificadora). *A* responde por homicídio privilegiado, ao passo que *B* subsume o seu comportamento à norma do art. 121, *caput*.

Seguindo a mesma linha de orientação, basta o legislador converter os elementos típicos especializantes do crime de infanticídio (art. 123) em circunstâncias legais específicas de uma forma privilegiada de homicídio, como ocorre no CP alemão (§ 217). Teríamos, então, no art. 121, dois parágrafos descrevendo tipos privilegiados, tal como ocorre nas lesões corporais (art. 129, §§ 1.º e 2.º): o primeiro permaneceria como se encontra descrito; o segundo, contendo a descrição do infanticídio, teria a seguinte redação: “Se o crime é cometido pela mãe contra o próprio filho, para ocultar sua desonra, durante ou logo após o parto: Pena — detenção, de dois a seis anos”.

Dessa maneira, a *honoris causa* e a relação de parentesco não mais seriam *elementares* do crime de infanticídio, mas circunstâncias legais específicas de natureza pessoal ou subjetiva do homicídio e, em caso de concurso de agentes, incommunicáveis.

Em consequência, a conduta da infanticida constituiria homicídio privilegiado com a mesma pena prevista no art. 123, enquanto o terceiro responderia por homicídio em qualquer de suas formas típicas, menos a do § 2.º. Como dizia Soler, a negação do benefício ao partícipe ou coautor só teria fundamento se o infanticídio fosse caso de atenuação da pena do homicídio e não delito autônomo. Magalhães Noronha seguia a mesma orientação: “A não comunicação ao corréu só seria compreensível se o infanticídio fosse mero caso de *atenuação do homicídio* e não um *tipo* inteiramente à parte, completamente autônomo em nossa lei”⁷⁸.

Teríamos, então, soluções iguais às que se encontram no CP alemão, em que o infanticídio é um caso atenuado de homicídio. Analisando a questão da codelinquência em face de seu § 217, Mezger ensina: “Autora só pode ser a mãe... Os partícipes são castigados” nos termos do crime de homicídio. “Ao contrário, o § 217 beneficia a mãe... que participa da morte de seu filho”⁷⁹.

78. Soler, ob. cit., v. 3, p. 83; Magalhães Noronha, ob. cit., 1980, v. 2, p. 58.

79. *Direito penal*, loc. cit., p. 53.

A sugestão já fora lembrada por Alfredo Albuquerque, em 1943, na 1.^a Conferência de Desembargadores, ao dizer que “o art. 123 devia estar como um parágrafo do art. 121” (Anais).

José Frederico Marques, com muita propriedade, observava que, conforme o caso, constitui absurdo impor a pena do homicídio ao terceiro, como, p. ex., quando é insignificante a sua participação no infanticídio⁸⁰.

Pensamos que a sugestão da tese atenderia a questões de tal ordem. A *honoris causa* é, “inegavelmente, um motivo de relevante valor moral”. Assim, conforme o fato concreto, quando o terceiro realizasse a conduta em razão daquele motivo, nada obstaría que se lhe aplicasse a pena do homicídio privilegiado descrito no art. 121, § 1.º. A pena da infanticida seria de detenção, de dois a seis anos; a dele, de reclusão, de seis a vinte anos, podendo ser reduzida de um sexto a um terço (mínimo: quatro anos de reclusão). E se o fato for praticado pelo próprio pai? Suponha-se que, para ocultar a desonra de ambos, o pai ilegítimo, durante ou logo após o parto, mate o próprio filho (ou induza a mãe ilegítima a matá-lo). Entendemos que não responderá por infanticídio (com a nova qualificação legal preconizada pela tese), sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 121, § 1.º (homicídio privilegiado). Ocorre que o fato de a agente ser *mãe* da vítima constitui *circunstância* subjetiva do crime, e não elementar. Por força do disposto no art. 30 do CP, é incomunicável entre os fatos dos participantes. Note-se que o privilégio, conforme a redação sugerida, fala em *mãe* e não em *ascendente*. E não poderia ser empregada a analogia *in bonam partem*, respondendo o pai por infanticídio (art. 121, § 2.º, conforme a sugestão)? Não. Para que seja permitido o recurso à analogia são necessários os seguintes requisitos: 1.º) que o fato considerado (conduta realizada pelo pai ilegítimo) não tenha sido regulado pelo legislador; 2.º) este, entretanto, regulou situação (fato cometido pela mãe) que oferece relação de coincidência ou de identidade com o caso não previsto; 3.º) o ponto comum às duas situações (a regulada e a não prevista) constitui o fundamento determinante da implantação do princípio referente à situação considerada pelo legislador. No caso, para a aplicação da analogia favorável, falta o último requisito, pois o legislador previu a *situação específica da mãe*: de desespero, mercê da ruminação silenciosa e anavalhante de angústia e de vergonha, durante os longos e intermináveis nove meses de prenhez, da agente ilegitimamente fecundada, sem casamento ou com traição aos deveres conjugais, em marcha progressiva dia a dia, para o repúdio da família e o vilipêndio da sociedade (Olavo Oliveira). Assim, o fundamento da implantação da lei que rege a situação considerada (fato praticado pela mãe) não é comum ao fato cometido pelo pai.

Em suma, em face dessas considerações, enquanto não for mudada a legislação penal a respeito do assunto, não vemos como possa o terceiro que participa do infanticídio responder por homicídio.

80. Ob. cit., v. 2, p. 316, *in fine*.

IV — DA CULPABILIDADE

Capítulo XL

A POSIÇÃO DA CULPABILIDADE EM FACE DA ESTRUTURA DO CRIME

1. O CP BRASILEIRO E OS REQUISITOS DO CRIME

Quando o CP trata de causa excludente da antijuridicidade, emprega expressões como “não há crime” (art. 23, *caput*), “não se pune o aborto” (art. 128, *caput*), “não constituem injúria ou difamação punível” (art. 142, *caput*), “não constitui crime” (art. 150, § 3.º) etc. Quando, porém, cuida de causa excludente da culpabilidade, emprega expressões diferentes: “é isento de pena” (arts. 26, *caput*, e 28, § 1.º), “só é punível o autor da coação ou da ordem” (art. 22, pelo que se entende que “não é punível o autor do fato”). Qual a razão da diferença? Maggiore, lembrado por José Frederico Marques, ensinava que desde que exista causa de exclusão da ilicitude não há crime, pois um fato não pode ser ao mesmo tempo lícito e antijurídico; quando, porém, incide uma causa de exclusão da culpabilidade o crime existe, embora não seja efetivo, não em si mesmo, mas em relação à pessoa do agente declarado não culpável¹. Assim, Maggiore admitia a existência de *crime não punível*. É que, segundo ele, para que exista crime *a parte objecti*, bastam dois requisitos: fato típico e antijuridicidade. A culpabilidade liga o agente à punibilidade, *i. e.*, a pena é ligada ao agente pelo juízo de culpabilidade. O crime existe por si mesmo, mas, para que o crime seja ligado ao agente, é necessária a culpabilidade. Observava José Frederico Marques que o CP brasileiro de 1940 aceitou a orientação de Maggiore. Para a existência do crime, segundo a lei penal brasileira, é suficiente que o sujeito haja praticado um fato típico e antijurídico. Objetivamente, para a

1. *Diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1961, v. 1, t. 1, p. 293 e 294; José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 2, p. 109.

existência do crime, é prescindível a culpabilidade. O crime existe por si mesmo com os requisitos “fato típico” e “ilicitude”. Mas o crime só será *ligado* ao agente se este for culpável. É por isso que o CP, no art. 23, emprega a expressão “não há crime” (as causas de exclusão da antijuridicidade excluem o crime); nos arts. 26, *caput*, e 28, § 1.º, emprega a expressão “é isento de pena” (corresponde a “não é culpável”). Se a expressão “é isento de pena” significa “não é culpável”, subentende-se que o Código considera o crime mesmo quando não existe a culpabilidade em face do erro de proibição (art. 21, *caput*, 2.ª parte). É como se o Código dissesse: “não é culpável quem comete o crime”. Assim, o “legislador penal separou, de forma bem patente, a ilicitude, *a parte objecti*, da culpabilidade, a antijuridicidade objetiva da relação subjetiva com o fato, *i. e.*, do juízo de valor sobre a culpa em sentido lato”. “Entende assim o Código pátrio que havendo fato típico e antijurídico, configurado se encontra o ilícito penal”². E mais: a receptação pressupõe receber, adquirir ou ocultar *coisa produto de crime* (art. 180, *caput*). Suponha-se que o agente haja receptado coisa furtada por sujeito inimputável, nos termos do art. 26, *caput*. Ele responde por receptação (art. 180, § 4.º). Ora, o agente inimputável, nos termos do art. 26, *caput*, não é culpável: o fato típico e ilícito não apresenta a culpabilidade do agente. Então, a coisa não seria *produto de crime* se a culpabilidade fosse requisito ou elemento do delito. Mas o art. 180, § 4.º, diz que “a receptação é punível, ainda que... isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa”. Assim, o pressuposto da receptação é um fato em que não se exige a culpabilidade do agente. Em suma: para o legislador brasileiro *existe crime sem culpabilidade*.

É a nossa atual posição: a culpabilidade não é requisito do crime, que apresenta duas facetas: fato típico e ilicitude.

2. A POSIÇÃO DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é um dos pressupostos e não requisito ou elemento do crime.

Como observa René Ariel Dotti, instigador da alteração de nosso entendimento a respeito da matéria, em face de seu atual desenvolvimento, a culpabilidade deve ser tratada como um dos pressupostos da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro deste quadro e não mais em setor

2. Ob. cit., p. 109 e 110.

da teoria geral do delito³. E arremata: “O crime como ação tipicamente antijurídica é *causa* da resposta penal como *efeito*. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um *posterius* destacado do fato antecedente”⁴.

Welzel, lembrado por Ariel Dotti, termina seu estudo sobre a nova sistemática penal com um item com o título “A culpabilidade como pressuposto da pena”⁵. É claro que há outros pressupostos do delito, como a ilicitude. A culpabilidade, contudo, atua como um deles.

Assim, a imposição da pena depende da culpabilidade do agente. Além disso, a culpabilidade limita a quantidade da pena: quanto mais culpável o sujeito, maior deverá ser a quantidade da sanção penal⁶.

3. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

Dá-se o nome de responsabilidade penal objetiva à sujeição de alguém à imposição de pena sem que tenha agido com dolo ou culpa ou sem que tenha ficado demonstrada sua culpabilidade, com fundamento no simples nexo de causalidade material. É combatida pela doutrina moderna.

Para seu estudo, remetemos o leitor aos seguintes pontos, em que apreciamos a questão de sua existência em nossa legislação penal:

- 1.º) *actio libera in causa* na embriaguez (CP, art. 28, II);
- 2.º) rixa qualificada (CP, art. 137, parágrafo único).

Hoje, com a introdução do princípio do estado de inocência em nossa Const. Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII), essas disposições, na parte em que admitiam a responsabilidade penal objetiva, podem ser consideradas derogadas, uma vez que ele é incompatível com a presunção de dolo ou culpa.

3. *O incesto*, Curitiba, Guignone, 1976, p. 173.

4. Ob. cit., p. 176.

5. *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, p. 131.

6. Claus Roxin, A culpabilidade como critério limitativo da pena, *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 11/12:7 e s., 1973.

Capítulo XLI

CONCEITO DE CULPABILIDADE

1. INTRODUÇÃO

Vimos que o crime, sob o aspecto formal, apresenta dois requisitos genéricos:

- a) fato típico; e
- b) antijuridicidade.

Praticado um fato típico, não se deve concluir que seu autor cometeu um delito, visto que eventualmente pode concorrer uma causa de exclusão da antijuridicidade. É necessário que, além de típico, seja o fato antijurídico, *i. e.*, que não ocorra qualquer causa de exclusão da ilicitude. Não é suficiente, porém, que o fato seja típico e ilícito. Suponha-se que o agente cometa um homicídio, não se encontrando acobertado por qualquer justificativa. Basta acrescentar que o agente é portador de doença mental, que lhe tenha retirado a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato no momento de sua prática. Nos termos do que dispõe o art. 26, *caput*, do CP, ele é isento de pena. Faltou-lhe a culpabilidade.

2. TEORIAS DA CULPABILIDADE

São três as teorias a respeito da culpabilidade:

- 1.^a) teoria psicológica;
- 2.^a) teoria psicológico-normativa; e
- 3.^a) teoria normativa pura.

3. TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

De acordo com essa tradicional teoria, a culpabilidade reside na relação psíquica do autor com seu fato; é a posição psicológica do sujeito diante do fato cometido. Compreende o estudo do dolo e da culpa, que são suas espécies. Seria, como dizia Soler, “el nexo psíquico que media entre el mundo sensible del autor y el resultado típico”¹, tanto nos crimes dolosos quanto nos culposos. Em suma, a culpabilidade, esgotando-se em suas espécies dolo e culpa, consiste na relação psíquica entre o autor e o resultado, tendo por fundamento a teoria causal ou naturalística da ação. O dolo é caracterizado pela intenção (ou assunção do risco) de o agente produzir o resultado; a culpa, pela inexistência dessa intenção ou assunção do risco de produzi-lo.

O erro dessa doutrina consiste em reunir como espécies fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa. Se o dolo é caracterizado pelo *querer* e a culpa pelo *não querer*, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécies de um denominador comum, qual seja, a culpabilidade. Não se pode dizer que entre ambos o ponto de identidade seja a relação psíquica entre o autor e o resultado, uma vez que na culpa não há esse liame, salvo a culpa consciente. A culpa é exclusivamente normativa, baseada no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevisão do resultado. Ora, como é que um conceito normativo (culpa) e um conceito psíquico (dolo) podem ser espécies de um denominador comum? Diante disso, essa doutrina encontrou total fracasso.

4. TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA DA CULPABILIDADE

Quando a doutrina percebeu que dolo e culpa, sendo esta normativa e aquele psicológico, não podiam ser espécies da culpabilidade, passou a investigar entre eles um liame normativo. Frank, em 1907, com fundamento no disposto no antigo art. 54 do CP alemão, que tratava do estado de necessidade inculpável, analisando o fato da tábua de salvação, percebeu que existem condutas dolosas não culpáveis. O sujeito que mata em estado necessário age dolosamente. Sua conduta, porém, não é culpável, uma vez que, diante da inexigibilidade de outro comportamento, não se torna reprovável. Então, não somente em casos de dolo, como também em fatos culposos, o elemento caracterizador da culpabilidade é a reprovabilidade.

1. *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 2, p. 9, n. 4; sobre o assunto, v. Fernando Díaz Palos, *Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, Bosch, 1954, p. 16 e s.

Quando é inexigível outra conduta, embora tenha o sujeito agido com dolo ou culpa, o fato não é reprovável, *i. e.*, não se torna culpável. Assim, a culpabilidade não é só um liame psicológico entre o autor e o fato, ou entre o agente e o resultado, mas sim um juízo de valoração a respeito de um fato doloso (psicológico) ou culposo (normativo). Diante disso, dolo e culpa não podem ser considerados espécies da culpabilidade, mas sim elementos. E a culpabilidade é psicológico-normativa: contém o dolo como elemento psicológico e a exigibilidade como fator normativo.

Assim, de acordo com a teoria psicológico-normativa, são seus elementos:

- 1.º) imputabilidade;
- 2.º) elemento psicológico-normativo — dolo ou culpa; e
- 3.º) exigibilidade de conduta diversa.

Embora essa doutrina constitua um avanço na teoria da culpabilidade e seja aceita por inúmeros penalistas, peca por alguns defeitos encontrados na doutrina psicológica. Assim, o dolo persiste como elemento da culpabilidade. Ora, como vimos, o dolo é um fator psicológico que sofre um juízo de valoração. Se é assim, o dolo não pode estar na culpabilidade. Deve estar fora dela para sofrer a incidência do juízo de censurabilidade. É coeficiente da culpabilidade, não seu elemento. Como diz Maurach, “se se diz ‘a culpabilidade é uma censura’, faz-se um juízo de valoração em relação ao delinquente. Em consequência, a culpabilidade deve ser um fenômeno normativo”². Ora, se a culpabilidade é um fenômeno normativo, seus elementos devem ser normativos. O dolo, porém, apresentado por essa teoria como elemento da culpabilidade, não é normativo, mas psicológico. Segundo um provérbio alemão, a culpabilidade não está na cabeça do réu, mas na do juiz; o dolo, pelo contrário, está na cabeça do réu. Assim, o dolo não pode manifestar um juízo de valoração; ele é objeto desse juízo.

5. TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

É também chamada extrema ou estrita. Relaciona-se com a teoria finalista da ação. É a de nossa preferência.

Retira o dolo da culpabilidade e o coloca no tipo penal. Exclui do dolo a consciência da ilicitude e a coloca na culpabilidade. Em consequência, a culpabilidade possui os seguintes elementos:

2. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 15:24.

1.º) imputabilidade;

2.º) possibilidade de conhecimento do injusto (potencial consciência da ilicitude); e

3.º) exigibilidade de conduta diversa.

São puros juízos de valor, excluídos de qualquer fator psicológico³.

Vejamos seu desenvolvimento.

De acordo com a doutrina tradicional, culpabilidade é o liame subjetivo entre o autor e o resultado. Em face dos delitos culposos, esse conceito causa enormes dificuldades. Enquanto na culpa consciente pode-se falar em nexo subjetivo entre o sujeito e o resultado (*imputatio juris*), na culpa inconsciente não existe essa ligação. A dificuldade também é encontrada no dolo. Enquanto a culpa pode ser graduada, a relação psíquica entre o autor e o resultado não pode ser objeto de valoração quantitativa, entendendo-se que é inexato falar em intensidade do dolo. Então, podendo ser valorada quantitativamente, a culpa tem um elemento normativo: a censurabilidade da conduta, a reprovabilidade do comportamento. E, como há ações dolosas que não são reprováveis, como na legítima defesa real, pode-se afirmar que há ações dolosas não culpáveis. Daí afirmar Welzel: “De ello se puede sacar la conclusión de que el dolo no es parte de la culpa (de la reprochabilidad), sino el objeto de la culpa”⁴.

Quando o art. 121, *caput*, do nosso CP descreve a conduta de “matar alguém”, está fazendo referência ao tipo doloso, uma vez que, sendo culposos, aplica-se o disposto no § 3.º. Logo, a expressão “matar alguém” abrange o dolo, prova que ele constitui elemento subjetivo do tipo. Nas discriminantes putativas, embora tenha o sujeito agido dolosamente, não é culpável. Logo, o dolo não faz parte da culpabilidade, sofrendo um juízo de valor, de apreciação, no campo da culpabilidade. Então, resta para a culpabilidade o juízo de valoração (elemento normativo). Assim, a culpabilidade é um juízo de valor que incide sobre um tipo psicológico que existe ou falta. No tipo doloso, a ação é censurável pela vontade de cometer o fato; no culposos,

3. Maurach, *Derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, v. 2, p. 24.

4. Ob. cit., p. 32 e 33; sobre a concepção do dolo como elemento subjetivo do tipo v. Sérgio Politoff, *Los elementos subjetivos del tipo penal*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1965, p. 78 e s.; Heitor Costa Júnior, Erro de direito, *Revista do Ministério Público Fluminense*, 1(3):101 e s.

a conduta é reprovável porque o sujeito não evitou o fato por meio de um comportamento regido de maneira finalista (posição primitiva de Welzel).

No juízo de culpabilidade a valoração é feita da seguinte forma: o sujeito *devia* agir de acordo com a norma porque *podia* atuar de acordo com ela. No juízo de ilicitude, a situação valorativa é a seguinte: o sujeito agiu em desacordo com a norma, deixando aberta a questão: *podia* ter agido de forma diferente?

Como a vontade da conduta é um fator puramente psicológico, e como essa vontade, de acordo com o finalismo, corresponde ao dolo, trata-se de um dolo natural, despidido de fator normativo, isto é, despidido da consciência da antijuridicidade.

Tendo em vista que a consciência da antijuridicidade é excluída do dolo, integrando a culpabilidade, e como esta constitui puro juízo de valor, segue-se que o conhecimento do injusto deve ter a mesma natureza daquela. Cuida-se de potencial consciência da ilicitude, não real e atual. É suficiente que o sujeito tenha a possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta, não se exigindo que possua real conhecimento profano do injusto.

Diante disso, a culpabilidade não se reveste, como pretende a doutrina tradicional, da característica psicológica. É um puro juízo de valor, puramente normativa, não tendo nenhum elemento psicológico. É composta dos seguintes elementos:

- 1.º) imputabilidade;
- 2.º) exigibilidade de conduta diversa;
- 3.º) potencial consciência da ilicitude.

Esses elementos funcionam nos crimes dolosos e culposos.

Não faltaram críticas à teoria de Welzel, principalmente quanto à separação entre culpabilidade e ilicitude, dolo eventual e culpa em sentido estrito. Quanto a esta, as críticas foram severas. Como ficou dito, Welzel, em sua posição inicial, afirmava que o resultado nos delitos culposos derivava da inobservância do mínimo de direção finalista capaz de impedir a sua produção. Então, o fato imprudente era “evitável finalmente”, o que introduzia no conceito, precocemente, um momento valorativo, próprio da culpabilidade e não do âmbito do tipo. Além disso, a finalidade do agente no delito culposo é penalmente irrelevante (em regra). Aceitando as críticas, principalmente de Kaufmann, Welzel modificou sua teoria. Atualmente, no crime culposo, o nexu finalista é juridicamente irrelevante. Na ação culposa o objetivo do agente é juridicamente irrelevante. “Desde el punto

de vista jurídico, relevante no es el objetivo, sino la dirección, porque ésta no es procedente ni cuidadosa”⁵. Esse pronunciamento, que constitui a última palavra de Welzel sobre o assunto, exclui todas as críticas a respeito da aplicação do finalismo aos delitos culposos.

Para demonstrar o acerto da teoria finalista da ação na solução de várias questões, Welzel socorreu-se do seguinte caso. “Na Alemanha Oriental o aborto não é perseguido, motivo pelo qual grande parte da população crê tratar-se de fato impunível. A agente, vindo da Alemanha Oriental, pratica uma tentativa de aborto na Alemanha Ocidental. Processada, alega ter agido sem consciência da antijuridicidade (erro de direito)”. Segundo informa Welzel, “de acordo com a Corte Suprema anterior, a solução é muito simples: o erro de direito não aproveita, o que equivale à responsabilidade penal objetiva, uma vez que a agente não praticou o fato com real e atual consciência da ilicitude, exigida pela doutrina tradicional. Em face disso”, continua, “a jurisprudência alemã abandonou há muito o princípio *error juris nocet*, embora perdue insegurança no tratamento do erro. Para a teoria reinante, como o dolo é elemento da culpabilidade e possui feição psicológica, a consciência da ilicitude, elemento normativo do dolo, possui também natureza psicológica. Assim, sem real e atual conhecimento do injusto, inexiste dolo, subsistindo uma conduta culposa. Como a mulher praticou uma tentativa de aborto, subsistiria uma tentativa culposa de aborto, o que constitui absurdo. A questão é resolvida pela teoria finalista da ação de maneira lógica. Como o dolo pertence à ação e não exige real conhecimento da ilicitude, resta que a mulher praticou um fato doloso de tentativa de aborto, sendo indiferente para a existência da conduta dolosa a questão da consciência da ilicitude, a ser examinada na culpabilidade. Como ela possuía meios de saber se o fato era punível ou não, isto é, como tinha possibilidade de conhecer a ilicitude da conduta, agiu culpavelmente. O erro era evitável. O erro evitável não exclui o dolo nem a culpabilidade, podendo atenuá-la. Agora, se se tratasse de erro inevitável, restaria íntegro o dolo, excluindo-se a culpabilidade. Vê-se que o dolo não é elemento da culpabilidade, mas seu coeficiente, sofrendo um juízo de valor no plano da reprovabilidade”⁶.

5. *La dogmática en el derecho penal*, conferência pronunciada no dia 15 de outubro de 1971 na Universidade Nacional de Córdoba, Argentina, Separata dos *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* do Instituto de Direito Penal, 21:35, nov. 1972; *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, 13/14:7 e s.

6. Ob. cit., p. 35 e s.

6. TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE

É uma modalidade da teoria anterior.

Concorda com a teoria extrema no sentido de que o erro de proibição não exclui o dolo, enquanto o erro de tipo exclui esse elemento subjetivo. Concorda também com a circunstância de o erro de proibição excluir a culpabilidade, de o dolo constituir elemento subjetivo do tipo, de a consciência da ilicitude pertencer à culpabilidade e de exigir-se mera possibilidade de conhecimento do injusto. Assim, a falta de consciência da antijuridicidade não afasta o dolo. Difere a respeito da suposição de causa excludente da ilicitude (as chamadas descriminantes putativas, como a legítima defesa putativa). Para a teoria extrema da culpabilidade, mesmo nesses casos subsiste o dolo, absolvendo-se o agente no caso de ser inevitável a ignorância da ilicitude. A teoria limitada, porém, faz distinções entre a ignorância da ilicitude por erro que recai sobre a regra de proibição e a ignorância da ilicitude por erro incidente sobre a situação de fato. Se, por erro, o sujeito supõe a existência de uma norma que, se existisse, tornaria legítima sua conduta, concordando com a extrema, a teoria limitada afirma existir dolo, permitindo a absolvição em caso de erro inevitável. Quando, porém, em vez de incidir o erro sobre a regra de proibição, recair sobre a situação de fato, supondo o sujeito estar agindo acobertado por causa excludente da ilicitude, o dolo é eliminado, podendo responder por crime culposo. Então, diante da ignorância da ilicitude por erro, há que distinguir: no erro que recai sobre a norma de proibição subsiste o dolo, podendo ser excluída ou atenuada a culpabilidade, se inevitável ou evitável; quando, entretanto, há ignorância da ilicitude por erro que recai sobre a situação de fato, não subsiste o dolo, podendo responder o sujeito por crime culposo. O primeiro é tratado como erro de proibição; o segundo, como erro de tipo.

Essa teoria é criticada por Maurach. No caso da legítima defesa putativa, se o erro do agente versa sobre a *ilicitude da agressão*, tratando-se de erro de direito, não fica excluído o dolo; se, porém, o erro do sujeito incide sobre a *atualidade da agressão*, tratando-se de erro sobre a situação de fato, não subsiste o dolo. “É preciso confessar”, conclui, “que semelhante resultado é absurdo”⁷.

É a teoria adotada pela reforma penal de 1984. As descriminantes putativas, quando derivadas de erro sobre a situação de fato, são tratadas

7. Ob. cit., p. 34. É a teoria que predomina na jurisprudência alemã (Lucio Eduardo Herrera, El conocimiento de la antijuricidad y el error en la estructura del delito, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 3:363, 1970).

como erro de tipo: o erro inevitável exclui o dolo e a culpa; o evitável, apenas o dolo, subsistindo a culpa (art. 20, § 1.º); quando surgem em face de erro sobre a ilicitude do fato, cuida-se de erro de proibição: se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, atenua a pena (art. 21, *caput*).

Éramos partidários da teoria naturalística da conduta. Seduzidos pelo estudo das teorias da culpabilidade no direito penal alemão, sucumbimos à lógica da teoria finalista da ação, que passamos a adotar. Com a sua aplicação, a solução dos mais árduos problemas é encontrada com lógica e justiça, evitando presunções legais e, principalmente, a responsabilidade penal objetiva, que não se harmoniza com o moderno direito penal da culpabilidade.

7. CARACTERÍSTICAS DO FINALISMO

A teoria finalista da ação e as teorias normativas pura e limitada da culpabilidade apresentam as seguintes características:

1) conduta (ação) é o comportamento humano consciente dirigido a determinada finalidade;

2) dolo é a vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo;

3) culpa é a inobservância do cuidado objetivo necessário, manifestada numa conduta produtora de um resultado objetiva e subjetivamente previsível (previsibilidade objetiva e subjetiva);

4) dolo e culpa constituem elementos do tipo: o dolo é elemento subjetivo do tipo; a culpa, elemento normativo do tipo;

5) dolo e culpa, assim, são retirados da culpabilidade, passando a integrar o tipo e o fato típico, que se compõem de: conduta dolosa ou culposa, resultado, nexos e tipicidade;

6) ausente dolo ou culpa, o fato é atípico e não, como pretendem os clássicos, inculpa o sujeito;

7) o dolo não é normativo, *i. e.*, não porta a consciência da antijuridicidade; o dolo é natural;

8) o dolo contém os seguintes elementos: consciência da conduta e do resultado; consciência do nexos causal; vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado;

9) na culpabilidade, no lugar de dolo e culpa ingressa a potencial consciência da ilicitude: possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato;

10) a culpabilidade passa a ter os seguintes elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude;

11) os elementos da culpabilidade não são psicológicos, mas normativos, puros juízos de valoração, sem conteúdo psicológico;

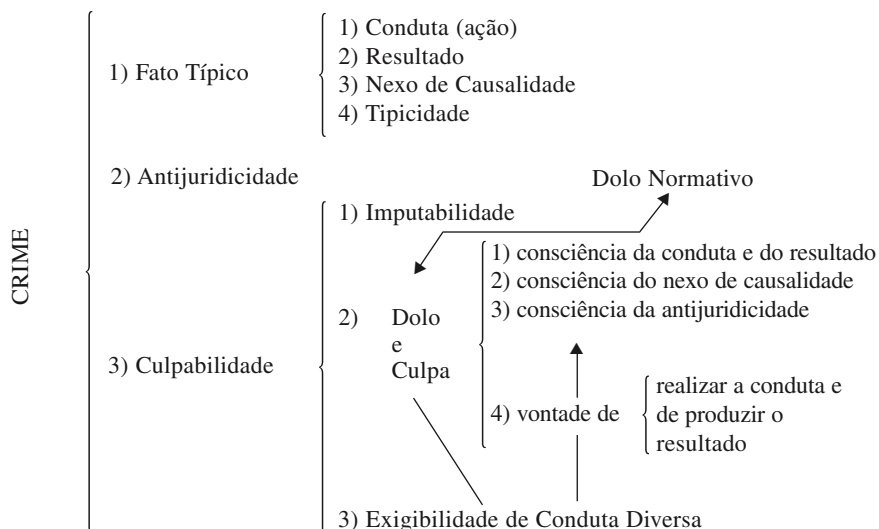
12) o erro que recai sobre os elementos descritivos do delito é denominado *erro de tipo*; exclui o dolo, podendo o sujeito responder por crime culposos;

13) o erro que recai sobre a ilicitude do fato, sobre a regra de proibição, chama-se *erro de proibição*. Não exclui o dolo; exclui a culpabilidade ou a atenua.

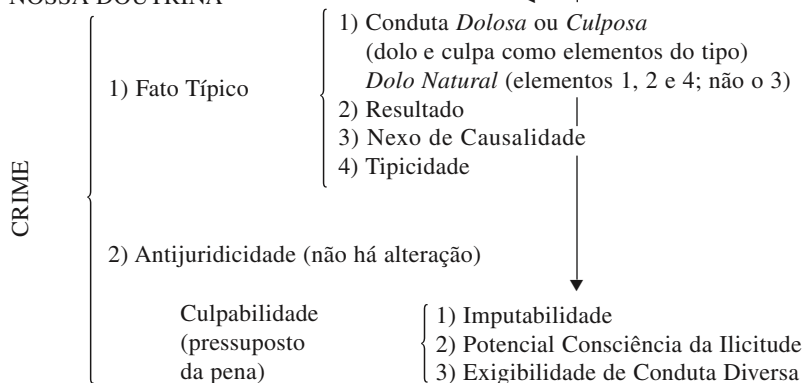
Assim, no erro de proibição (CP, art. 21) subsiste o dolo, excluindo-se a culpabilidade, se inevitável. Prova de que o dolo, na reforma penal de 1984, não faz parte da culpabilidade.

Quadro comparativo da doutrina clássica com a doutrina finalista, que adotamos.

DOUTRINA TRADICIONAL



NOSSA DOUTRINA



Capítulo XLII

DA IMPUTABILIDADE

1. CONCEITO

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível¹.

O CP italiano, em seu art. 85, 2.^a parte, diz que “è imputabile chi ha la capacità d’intendere e di volere”. O CP brasileiro não possui disposição igual. O conceito de sujeito imputável é encontrado, *a contrario sensu*, no art. 26, *caput*, que trata da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Inimputável é, então, o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possui, ao tempo da prática do fato, capacidade de entender o seu caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Imputável é o sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A imputabilidade contém um juízo sobre a capacidade *geral* do autor. Não se trata de uma valoração específica, que a tornaria psicológica. Como diz Welzel, a capacidade concreta de culpabilidade não é suscetível de percepção, sobretudo por terceiras pessoas, uma vez que não pode ser objeto

1. Aníbal Bruno, ob. e loc. cit., 3. ed., 1978, p. 39.

de conhecimento teórico. “Todo conocimiento científico encuentra aquí su límite, puesto que no puede convertir en objeto aquello que por principio no es susceptible de objetivación: la subjetividad del sujeto”².

Nos termos do art. 26, *caput*, do CP, que fornece, *a contrario sensu*, o conceito de imputabilidade, não é imputável o agente que, no momento do fato, em consequência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía a *capacidade* de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Note-se que a norma não fala que o sujeito não compreendeu o caráter ilícito do fato; uma vez que assim dissesse, estaria determinando uma apreciação concreta e psicológica. Distinguem-se, pois, capacidade intelectual e volitiva (imputabilidade) e consciência da ilicitude. Trata-se, dessa forma, de um puro juízo de valor a respeito da capacidade de culpabilidade.

2. IMPUTABILIDADE E RESPONSABILIDADE

A imputabilidade não se confunde com a responsabilidade penal, que corresponde às consequências jurídicas oriundas da prática de uma infração.

Responsabilidade, ensinava Magalhães Noronha, “é a obrigação que alguém tem de arcar com as consequências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ele depende da imputabilidade do indivíduo, pois não pode sofrer as consequências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo”³.

3. FUNDAMENTO DA IMPUTABILIDADE

De acordo com a teoria da imputabilidade moral, o homem é ser inteligente e livre e por isso responsável pelos atos praticados. Inversamente, quem não tem esses atributos é imputável. Sendo livre, tem condições de escolher entre o bem e o mal. Escolhendo uma conduta que lesa interesses jurídicos alheios, deve sofrer as consequências de seu comportamento.

A concepção dominante na doutrina e nas legislações vê a imputabilidade na capacidade de entender e de querer. A capacidade de entender o

2. *Derecho penal alemán*, Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 215; sobre o assunto, v. Jorge Frías Caballero, *Temas de derecho penal*, Buenos Aires, La Ley, 1970, p. 83 e s. (Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad).

3. *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 1, p. 172, n. 100.

caráter criminoso do fato não significa a exigência de o agente ter consciência de que sua conduta se encontra descrita em lei como infração. Imputável é o sujeito mentalmente sã e desenvolvido que possui capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica.

A imputabilidade deve existir no momento da prática da infração. Daí dizer o art. 26, *caput*, ao tratar de causas de exclusão da imputabilidade, que a deficiência deve existir “ao tempo da ação ou da omissão”.

4. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE

Inimputabilidade é a incapacidade para apreciar o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa apreciação⁴. Se a imputabilidade consiste na capacidade de entender e de querer, pode estar ausente porque o indivíduo, por questão de idade, não alcançou determinado grau de desenvolvimento físico ou psíquico, ou porque existe em concreto uma circunstância que a exclui. Fala-se, então, em inimputabilidade. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção. Todo indivíduo é imputável, salvo quando ocorre uma causa de exclusão.

As causas de exclusão da imputabilidade são as seguintes:

- a) doença mental;
- b) desenvolvimento mental incompleto;
- c) desenvolvimento mental retardado;
- d) embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

Excluem, por consequência, a culpabilidade.

As três primeiras causas se encontram no art. 26, *caput*; a quarta, no art. 28, § 1.º.

O art. 27 afirma que os menores de 18 anos de idade são “penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (Estatuto da Criança e do Adolescente e leis complementares). A menoridade penal também constitui causa de exclusão da imputabilidade, encontrando-se abrangida pela expressão “desenvolvimento mental incompleto” (art. 26, *caput*).

Como veremos na ocasião própria, é insuficiente que o agente seja portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto (salvo o caso da menoridade) ou retardado, ou que pratique o fato em estado de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. É necessário

4. Fernando Díaz Palos, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1965, p. 173 e 174.

que em decorrência dessas deficiências não tenha a capacidade de entender e de querer. A presença da causa (doença mental, p. ex.) e do efeito (incapacidade de entender e de querer) é que faz surgir a inimputabilidade.

5. “ACTIO LIBERA IN CAUSA”

A imputabilidade deve existir ao tempo da prática do fato (ação ou omissão), de modo que não cabe uma imputabilidade subsequente. Se o agente, p. ex., praticou o fato ao tempo em que não tinha capacidade de compreensão e de determinação por causa de uma doença mental, não será considerado imputável se após a ocorrência readquirir a normalidade psíquica. É possível também o caso de a doença mental sobrevir à prática da conduta punível. Neste caso, o agente não será considerado inimputável, suspendendo-se a ação penal até que se restabeleça⁵.

Pode ocorrer o caso de o agente colocar-se propositamente em situação de inimputabilidade para a realização da conduta punível. É célebre a hipótese do sujeito que se embriaga voluntariamente para cometer o crime, encontrando-se em estado de inimputabilidade no momento de sua execução (ação ou omissão). A doutrina se refere também ao fato do guarda-chaves que, pretendendo causar um desastre ferroviário, embriaga-se e, no momento da passagem do trem, devido ao estado de inconsciência, deixa de combinar os binários.

Surge a questão das *actiones liberae in causa, sive ad libertatem relatae* (ações livres em sua causa, i. e., relacionadas com a liberdade), ou simplesmente *actio libera in causa*. São casos de conduta livremente desejada, mas cometida no instante em que o sujeito se encontra em estado de inimputabilidade, i. e., no momento da prática do fato o agente não possui capacidade de querer e entender. Houve liberdade *originária*, mas não liberdade *atual* (instante do cometimento do fato).

O termo *actio* indica a conduta (ação ou omissão); *libera* expressa o elemento subjetivo do sujeito; *in causa*, a conduta anterior determinadora das condições para a produção do resultado. As duas expressões juntas, *libera in causa*, entendendo-se por *actio* a execução e o resultado, indicam a existência de um *prius*, consistente em conduta dominada pela vontade livre e consciente, em face de um *posterius*, não mais regido por ela. *Sive ad libertatem relatae* expressa o conceito da derivação subjetiva da *actio* da vontade antecedente livre e consciente (Roberto Lyra).

5. CPP, art. 152: “Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça”.

As ações livres em sua causa podem ser ativas ou omissivas, dolosas ou culposas. Na maioria das vezes a conduta é omissiva e culposa. Ex.: o guarda-chaves culposamente se embriaga e deixa de combinar os binários, produzindo um desastre ferroviário.

A teoria da *actio libera in causa* remonta a Aristóteles. Na *Magna Moral*, ele assim se expressava: “Sempre que por ignorância se pratica um delito, o sujeito não se conduz voluntariamente, a não ser que aquele que o cometa seja causa da ignorância, como acontece com os ébrios, os quais causam danos ou injúria, sendo causa da ignorância”⁶. A consequência seria o ébrio responder somente pela embriaguez e não pelo crime. Entretanto, Aristóteles, socorrendo-se da Lei de Pítaco, afirmava que deveria sofrer duas penas, referentes à maldade cometida e à ebriez⁷.

Santo Agostinho dizia que Ló não havia cometido pecado ao praticar incesto com suas filhas, pois ignorava o parentesco no momento do ato carnal, mas sim ao embriagar-se, causa de seu comportamento.

No Direito Romano, a embriaguez era considerada ímpeto intermediário entre o dolo e o caso fortuito, estabelecendo uma penalidade benigna. O Direito Canônico não castigava o delito cometido em estado de embriaguez, mas a ebriez em si mesma.

Foram os práticos italianos, segundo informa Fernando Díaz Palos, que conceberam retamente as *actiones liberae in causa*. Assim, Bonifacio de Vitalinis sentenciou que o ébrio não deveria ser castigado em face da prática de um crime, salvo o caso de ebriez voluntária. Farinaccio afirmou que não deveria sofrer sanção o sujeito autor de um delito em estado de ebriez, em que não há dolo nem culpa; mas, se o sujeito sabe que costuma praticar delitos quando embriagado e não se abstém, vindo a cometê-los, deve sofrer pena⁸.

Durante os séculos XVII e XVIII os juristas limitaram-se a reproduzir as ideias dos doutrinadores italianos.

Posteriormente, Carrara admitiu a plena imputabilidade do sujeito em relação à embriaguez preordenada, pois o agente aparece como instrumento inimputável para a prática do crime⁹. Após, surgiram as ideias de Pessina, Manzini e Maggiore.

6. *Magna Moral*, v. 1, p. 34, apud Fernando Díaz Palos, ob. cit., p. 186.

7. *Ética a Nicômaco*, v. 3, n. 2 e 7, apud Fernando Díaz Palos, ob. e loc. citis.

8. Ob. cit., p. 187.

9. *Programa*, § 343.

A teoria apareceu no Código Rocco (art. 87) que, após dizer que a imputabilidade deve existir no momento da prática do fato, afirma que esse princípio não tem aplicação a quem se coloca em estado de incapacidade de entender ou de querer com o fim de cometer a infração ou de preparar uma escusa.

No início, como se viu, os autores só cuidavam da teoria em relação à embriaguez preordenada, *i. e.*, com o fato de o agente embriagar-se para a prática do delito. Modernamente, estende-se a todos os casos em que o sujeito se coloca em estado de inimputabilidade para cometer o delito, seja doloso, seja culposos.

Na *actio libera in causa* a conduta se apresenta com dois atos:

a) ato livre;

b) ato (em sentido amplo) não livre.

É uma conduta em dois graus. Ex.: o guarda ingere um narcótico para dormir enquanto ladrões praticam um furto. No primeiro grau, o sujeito é livre na resolução. No segundo grau, a conduta do agente, no caso o guarda, não é livre, uma vez que se encontra em estado de inimputabilidade (omissão dolosa). Ele responde pelo crime de furto.

Alguns autores afirmam que é suficiente que a imputabilidade, o dolo e a culpa existam num dos momentos do *iter criminis* e que isso ocorre na *actio libera in causa*, uma vez que a ação de colocar-se em estado de inimputabilidade já constitui ato de execução da conduta punível. De observar, porém, que o ato de colocar-se o agente em estado de inconsciência, p. ex., não constitui ato executório do crime, tratando-se de ato preparatório. Tanto é assim, que, se após o primeiro ato (livre) nada ocorrer, não haverá sequer tentativa (Aníbal Bruno).

Para que o sujeito responda pelo crime, aplicando-se a teoria que estamos analisando, é preciso que na fase livre (resolução) esteja presente o elemento dolo ou culpa ligado ao resultado. Não é suficiente que se tenha colocado voluntariamente em estado de inimputabilidade, exigindo-se que tenha querido ou assumido o risco de produzir o resultado (dolo), ou que este seja previsível (culpa).

Voltaremos ao assunto no estudo da embriaguez.

Capítulo XLIII

POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ANTI JURIDICIDADE

1. INTRODUÇÃO. TEORIAS

Há quatro teorias a respeito da colocação sistemática da consciência da ilicitude na estrutura do delito, variando de acordo com a doutrina adotada em relação ao conceito da ação e da culpabilidade:

- 1.^a) teoria extrema do dolo;
- 2.^a) teoria limitada do dolo;
- 3.^a) teoria extrema da culpabilidade; e
- 4.^a) teoria limitada da culpabilidade¹.

2. TEORIA EXTREMA DO DOLO

Tem por fundamento a teoria causal da conduta.

Entende que o dolo é integrado pela consciência da antijuridicidade, nos termos da teoria psicológica da culpabilidade. Como o dolo é fator psicológico, seus elementos devem seguir a sua natureza. Em face disso, exige-se atual e real consciência da antijuridicidade, não sendo suficiente a possibilidade de conhecimento do injusto. Assim, a inexistência da real consciência da ilicitude é excludente do dolo, podendo o sujeito responder por crime culposos, se evitável o erro ou ignorância da norma e prevista a modalidade

1. Sobre o tema, v. a excelente obra *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, de Alcides Munhoz Netto, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 77 e s.

culposa. Córdoba Roda acredita que “ante la gran dificultad de probar que el sujeto ha actuado con conocimiento *actual* de la antijuricidad, los Tribunales se verán en la alternativa de dictar una serie de sentencias absolutorias injustificadas o de fingir el conocimiento de la antijuricidad”², opinião partilhada por Lucio Eduardo Herrera³.

3. TEORIA LIMITADA DO DOLO

A teoria extrema ou estrita do dolo recebeu uma *limitação* por parte de Mezger, exigindo no dolo apenas a potencialidade do conhecimento do injusto, não real e atual consciência da ilicitude, no sentido de evitar absolvições infundadas e condenações fundadas na culpa de direito ou cegueira jurídica⁴.

Essa teoria não recebeu aplausos, uma vez que a denominada *inimização de ao direito* ou cegueira jurídica é muito vaga para fundamentar decisões na prática⁵.

4. TEORIA EXTREMA DA CULPABILIDADE

É também denominada estrita.

Com fundamento na teoria finalista da ação e na doutrina da culpabilidade normativa pura, essa posição entende que a consciência da antijuridicidade não faz parte do dolo, mas sim da culpabilidade. Tratando-se de um dolo natural, não pode ser integrado pelo conhecimento do ilícito, cuidando-se de elemento subjetivo do tipo. Como aceita a teoria normativa pura, a culpabilidade é puro juízo de valor. Diante dessa circunstância, seus elementos também têm natureza normativa. Logo, a consciência da ilicitude é normativa, não possuindo dados psicológicos. É suficiente, pois, a possi-

2. *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1962, p. 107.

3. *El error en materia penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 84. Sobre a posição da consciência da ilicitude no crime, v. Jorge de Figueiredo Dias, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra, 1969.

4. *Derecho penal*; parte general, Libro de estudio, trad. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, p. 254 e 255.

5. Maurach, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, v. 2, p. 138.

bilidade de conhecimento do ilícito. Assim, o sujeito que realizou a conduta com vontade e conhecimento dos elementos objetivos do tipo penal agiu dolosamente, sendo indiferente que não se tenha conduzido com conhecimento do ilícito. A falta de consciência da antijuridicidade não tem influência sobre a existência do dolo, sendo analisada na culpabilidade. Nesta, se o magistrado chega à conclusão de que o sujeito não teve possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato, deve absolvê-lo, não por ausência de dolo, mas por inexistir reprovabilidade (culpabilidade). Aí estão as consequências quanto ao erro de direito. Ele nunca exclui o dolo, podendo excluir a culpabilidade. Se evitável, não exclui o dolo, podendo ser atenuada a culpabilidade; se inevitável, não exclui o dolo, excluindo a culpabilidade⁶. O erro de tipo, porém, exclui o dolo.

Essa doutrina, adverte Maurach, “está apta a chegar sempre a resultados justos, sem extremar-se em severidade quanto ao delinquente. Mas, sobretudo, evita os vazios que por força das coisas resultam quando se aceita a teoria do dolo”⁷.

5. TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE

Remetemos o leitor ao capítulo da culpabilidade, no qual expusemos essa matéria.

6. Maurach, ob. cit. no item anterior, p. 140.

7. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 15:33.

Capítulo XLIV

DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

1. INTRODUÇÃO

Vimos que a culpabilidade é composta de três elementos:

- a) imputabilidade;
- b) potencial consciência da ilicitude; e
- c) exigibilidade de conduta diversa.

Não é suficiente que o sujeito seja imputável e tenha cometido o fato com possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito para que surja a reprovção social (culpabilidade). Além dos dois primeiros elementos, exige-se que nas circunstâncias do fato tivesse possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A conduta só é reprovável quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido.

2. TEORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCOMITANTES DE FRANK

Frank, em 1907, em sua obra *Estrutura do conceito de culpabilidade*, afirmou que a culpa em sentido amplo é algo mais que uma relação entre o sujeito e o resultado: a culpabilidade requer a normalidade das circunstâncias em relação às quais o sujeito age. Advertiu que em face de um fato criminoso devemos observar as circunstâncias que o acompanham, que denominou “concomitantes”. Para ele, as circunstâncias que concorrem no cometimento de um fato têm grande importância, posto que não só podem atenuar a pena, como também excluir a culpabilidade. Apresenta dois exemplos: um viajante apropria-se de dinheiro sob sua custódia a fim de levar uma vida de luxo; um carteiro mal remunerado, angustiado pelos

problemas econômicos, apropria-se do dinheiro da correspondência para adquirir alimentos para sua família. Nos dois casos, é a mesma a relação psicológica entre os sujeitos e o resultado; não existe, porém, a mesma culpabilidade. Assim, o primeiro é mais culpável.

Daí surgir a necessidade de ampliar o conceito da culpabilidade, introduzindo-lhe o estudo das circunstâncias, pois não pode haver juízo de reprovabilidade quando o sujeito executou o fato em face de circunstâncias de certa anormalidade, e a normalidade não existe no caso de um perigo, como no estado de necessidade¹.

3. EFEITO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme ao ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa é, então, causa de exclusão da culpabilidade. Isso ocorre no caso de coação moral irresistível.

A teoria, como causa de exclusão da culpabilidade, pode ser aplicada aos fatos dolosos ou culposos. Admitir a inexigibilidade de outra conduta, como causa de exculpação, unicamente no campo dos crimes culposos, excluindo-a em relação aos dolosos, significa repudiá-la, pura e simplesmente, como dizia Euclides Custódio da Silveira².

1. Reinhar Frank, *Estructura del concepto de la culpabilidad*, p. 13, 30 e 35; Victor Manuel Vial del Rio, *La no exigibilidad de otra conducta como causa de exclusión de la culpabilidad*, Ed. Jurídica de Chile, 1969, p. 9 e 10.

2. Inexigibilidade de outra conduta, *Revista Brasileira de Direito Penal e Criminologia*, 11:117.

Capítulo XLV

DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

1. INTRODUÇÃO

Vimos que a culpabilidade é composta de três elementos:

- a) imputabilidade;
- b) potencial consciência da ilicitude; e
- c) exigibilidade de conduta diversa.

Quando falta algum dos elementos, não subsiste a culpabilidade. O CP, expressamente, prevê as causas que excluem a culpabilidade, que alguns chamam de *dirimentes*. Essas causas, excluindo alguns de seus elementos, excluem a própria culpabilidade. Embora o crime subsista, não sendo culpado o sujeito, deve ser absolvido.

2. ELENCO

São as seguintes as causas excludentes da culpabilidade:

- 1.^a) erro de proibição (art. 21, *caput*);
- 2.^a) coação moral irresistível (art. 22, 1.^a parte);
- 3.^a) obediência hierárquica (art. 22, 2.^a parte);
- 4.^a) inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput*);
- 5.^a) inimputabilidade por menoridade penal (art. 27, sendo que essa causa está contida no “desenvolvimento mental incompleto”);
- 6.^a) inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1.^o).

Essas causas estão relacionadas com os elementos da culpabilidade, *i. e.*, cada uma exclui certo elemento da culpabilidade, e, em consequência, ela fica excluída. Assim:

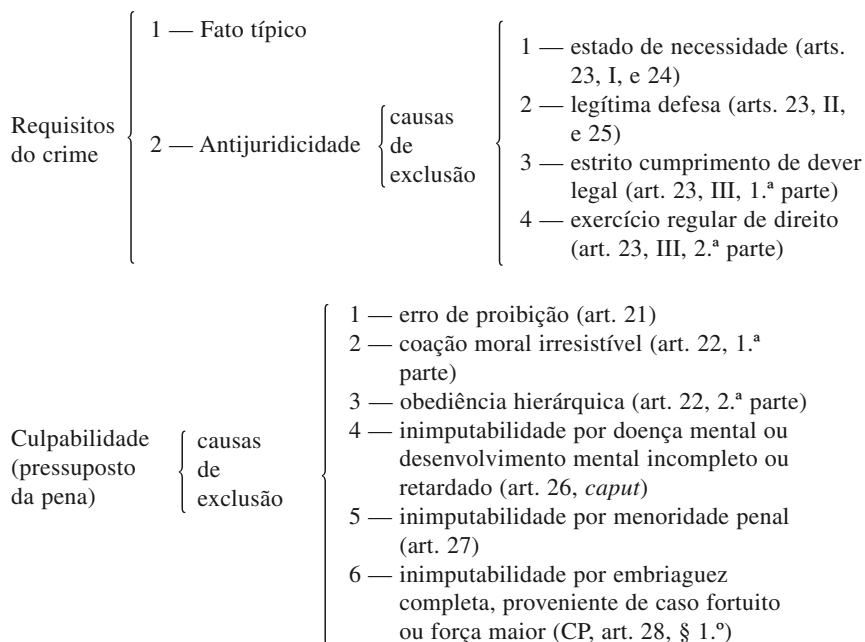
1) o erro de proibição exclui a potencial consciência da antijuridicidade (CP, art. 21, parágrafo único);

2) a coação moral irresistível e a obediência hierárquica excluem a exigibilidade de conduta diversa;

3) a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menoridade e a embriaguez fortuita excluem a imputabilidade.

Não devemos confundir causas de exclusão da antijuridicidade (justificativas) com causas de exclusão da culpabilidade (dirimentes). As primeiras estão previstas no art. 23; as segundas, nos arts. 21; 22, *caput*; 26, *caput*, e 28, § 1.º, do CP. A distinção é importante, já que em face de uma causa de exclusão da ilicitude não se discute se o agente praticou o fato culpavelmente ou não. Excluída a antijuridicidade, fica prejudicada a questão da culpabilidade. Além disso, a distinção tem influência na reparação do dano causado pelo fato.

A fim de não se confundirem as referidas causas, podemos estabelecer o seguinte quadro sinótico:



Quando o CP trata de causa excludente da antijuridicidade, emprega expressões como “não há crime” (art. 23, *caput*), “não se pune o aborto” (art. 128, *caput*), “não constituem injúria ou difamação punível” (art. 142, *caput*), “não constitui crime” (art. 150, § 3.º) etc. Quando, porém, cuida de causa excludente da culpabilidade, emprega expressões diferentes: “é isento de pena” (arts. 26, *caput*, e 28, § 1.º), “só é punível o autor da coação ou da ordem” (art. 22, pelo que se entende que “não é punível o autor do fato”).

Quais as diferenças entre as excludentes da ilicitude e da culpabilidade?

As primeiras referem-se ao fato; as outras, ao autor.

No tema do concurso de agentes, quem induz outrem a agir nos termos das excludentes da ilicitude contribui para a prática de um fato lícito, e assim, em regra, fica impune, o mesmo não acontecendo com quem induz outrem, não estando em erro, a agir, incidindo, por exemplo, em erro de proibição.

Por fim, as excludentes da ilicitude impedem, em regra, a reparação do dano, o que não ocorre com as excludentes da culpabilidade¹.

3. A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Prende-se à questão de existirem causas de exclusão da culpabilidade não previstas na legislação penal, problema já analisado no ponto das “causas supralegais de exclusão da antijuridicidade”. Assim, a expressão “causas supralegais de exclusão da culpabilidade” significa causas de exclusão da culpabilidade não previstas na lei penal.

Adotada a culpabilidade normativa, não há culpabilidade todas as vezes que, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, não se possa exigir do sujeito uma conduta diversa daquela por ele cometida. Assim, a exigibilidade de comportamento diverso constitui um dos elementos da culpabilidade, enquanto a não exigibilidade constitui a razão de algumas causas de exclusão da culpabilidade.

Por mais providente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como

1. V. sobre o assunto: Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 2, p. 64 e 67; Fernando Castellanos, *Lineamentos elementares de derecho penal*, México, p. 183.

causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não exigibilidade de comportamento lícito. Em face de um caso concreto, seria condenar o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador? Se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Como ensinava Aníbal Bruno, a não exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código e pode funcionar também com este caráter nos casos dolosos em que de fato não seja humanamente exigível comportamento conforme ao Direito. Esta aplicação encontra sobretudo oportunidade nos crimes por omissão, em que a pressão da situação total do momento anula no agente a capacidade de agir em cumprimento ao dever que lhe incumbe, deixando-o inativo, a permitir que se consume o resultado danoso².

A aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade encontra apoio na integração da lei penal. Vimos que o Direito Penal positivo possui lacunas. Havendo omissão legislativa no conjunto das normas penais não incriminadoras, e não havendo o obstáculo do princípio de reserva legal, a falha pode ser suprida pelos processos determinados pelo art. 4.º da LICC: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Se o caso é de inexigibilidade de conduta diversa e não encontrando o juiz norma a respeito no direito positivo, pode lançar mão da analogia para absolver o agente. Não se trataria bem de uma hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade, pois, em última análise, o juiz estaria aplicando a disposição reitora do caso semelhante ao fato concreto. Mas, não havendo norma descritiva de fato semelhante, o juiz pode absolver o sujeito com base nos costumes e nos princípios gerais de direito em que se fundamenta a inexigibilidade. Então, o juiz não estaria aplicando uma norma contida na legislação penal, mas sim uma causa *supralegal* de exclusão da culpabilidade. Herzbruch ensina que as causas de exclusão da culpabilidade contidas nos Códigos não são mais que simples manifestações do princípio geral segundo o qual a não exigibilidade de outra conduta exclui a culpabilidade, pelo que não vê inconveniente que o juiz absolva o agente que atuou sem que se lhe pudesse exigir outro comportamento, ainda que sua situação não se encontre prevista em lei³. Não se trata da adoção de um critério anárquico, que viria trazer embaraço e incerteza à aplicação da lei penal, mas de um critério a ser adotado pelo juiz com ponderação, atendendo a situações excepcionálíssimas não previstas pelo legislador.

2. A culpabilidade, *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, 1954, p. 163.

4. EMOÇÃO E PAIXÃO

Vimos que a inimputabilidade é causa de exclusão da culpabilidade. O CP, em seus arts. 26, *caput*, 27 e 28, § 1.º, determina os casos em que a inimputabilidade exclui a culpabilidade. No art. 28, diz que não exclui a imputabilidade:

“I — a emoção ou a paixão”.

Emoção é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. Paixão é a emoção em estado crônico, perdurando como um sentimento profundo e monopolizante (amor, ódio, vingança, fanatismo, despeito, avareza, ambição, ciúme)⁴. Enquanto a emoção é passageira, a paixão é duradoura.

A circunstância de o sujeito praticar o fato sob o impulso de emoção ou de paixão não exclui a culpabilidade. De acordo com o Código, esses estados não excluem a imputabilidade e, assim, não excluem a culpabilidade. É possível, porém, que tenham cunho patológico. Então, não se aplica o art. 28, I, mas sim o art. 26, *caput* (causa de exclusão da culpabilidade).

Embora não excluam a culpabilidade, a emoção e a paixão têm força de diminuir a pena. O art. 65, III, *c*, prevê uma circunstância legal genérica, denominada atenuante, quando o crime é praticado “sob a influência de violenta emoção” (incluindo a paixão), “provocada por ato injusto da vítima”. No homicídio privilegiado, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço quando o agente comete o crime “sob o domínio de violenta emoção” (incluindo a paixão), “logo em seguida a injusta provocação da vítima” (art. 121, § 1.º). Diferem as duas circunstâncias (genérica e específica), pois a primeira se contenta com a *influência* da emoção ou paixão, enquanto a segunda exige que o fato seja praticado sob o *domínio* desses estados. Na lesão corporal, o legislador prevê diminuição da pena quando o fato é cometido pelo agente sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 129, § 4.º).

A não influência da emoção e da paixão sobre a imputabilidade nada tem que ver com a teoria da *actio libera in causa*, tratando-se de medida de política criminal, tal como acontece no erro de proibição. Como ensinava Aníbal Bruno, com muito menos razão ainda do que em relação à ebriez

3. Apud José Antonio Sainz Cantero, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en derecho penal*, p. 84.

4. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, t. 2, p. 367 e 369.

voluntária ou culposa, aplicar-se-ia à emoção ou paixão o princípio da *actio libera in causa*. Ninguém procura voluntária ou culposamente entrar em estado emocional. Não é possível equiparar esse estado ao de inimputabilidade provocada dolosa ou imprudentemente pelo sujeito, para a prática de um crime⁵.

5. *Direito penal*, Forense, 1978, v. 1, t. 2, p. 161, nota 9.

Capítulo XLVI

DO ERRO DE PROIBIÇÃO

1. INESCUSABILIDADE DA IGNORÂNCIA DA LEI E RELEVÂNCIA DA FALTA DE CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE

De acordo com o art. 3.º da LICC, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

O princípio é perfeitamente justificável, proibindo que o sujeito apresente a própria ignorância como razão de não haver cumprido o mandamento legal. Caso contrário, a força de eficácia da lei estaria irremediavelmente enfraquecida, comprometendo o ordenamento jurídico e causando danos aos cidadãos.

Aplicável o dogma da *ignorantia legis neminem excusat* a toda a legislação, o CP, em seu art. 21, *caput*, 1.ª parte, determina: “O desconhecimento da lei é inescusável”. Cuida da lei no sentido formal, de modo que não exclui a culpabilidade alegar o sujeito não conhecer a lei ou conhecê-la mal, somente se aproveitando de uma atenuante genérica (CP, art. 65, II).

Isso não se confunde com a falta de consciência da ilicitude do fato. Como vimos, a culpabilidade se compõe da imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude (do fato). Assim, a falta da potencial consciência da ilicitude exclui a culpabilidade, isentando de pena quando inevitável. Enquanto a simples alegação de ignorância da lei não escusa, a ausência de possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato, *i. e.*, a impossibilidade de o sujeito conhecer a regra de proibição, exclui a culpabilidade.

Esse o sistema da reforma penal de 1984. A 1.ª parte do *caput* do art. 21 expõe o princípio da irrelevância da ignorância formal da lei. O erro sobre a ilicitude do fato, entretanto, por não ter o sujeito condições de conhecer a regra de proibição, exclui a culpabilidade (2.ª parte). E a pena pode

ser reduzida de um sexto a um terço se era possível ao agente conhecer a ilicitude de sua conduta, *i. e.*, se lhe era possível ter ou atingir o conhecimento da regra de proibição (parte final).

Em suma, a ignorância formal da lei não exclui a culpabilidade, podendo funcionar como atenuante genérica (CP, art. 65, II). A falta de conhecimento da ilicitude do fato, *i. e.*, a falta de conhecimento da regra de proibição, pode levar à exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou reduzir o juízo de censurabilidade, se evitável.

2. CONCEITO DE ERRO DE PROIBIÇÃO

Vimos que a potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade. Além de o sujeito ser imputável, é preciso que no momento da prática do fato tenha possibilidade de verificação de que o comportamento contraria o ordenamento jurídico (art. 21, parágrafo único).

Se o sujeito não tem possibilidade de saber que o fato é proibido, sendo inevitável o desconhecimento da proibição, a culpabilidade fica afastada¹. Surge o *erro de proibição*: erro que incide sobre a ilicitude do fato. O sujeito, diante do erro, supõe lícito o fato por ele cometido. Ele supõe inexistir a regra de proibição.

3. FORMAS

O erro de proibição pode ser:

- a) escusável; e
- b) inescusável.

O erro de proibição escusável ou inevitável ocorre quando nele incidiria qualquer homem prudente e de discernimento. *A contrario sensu* do art. 21, parágrafo único, do CP, considera-se inevitável o erro se o sujeito atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento.

Há erro de proibição inescusável ou evitável quando o sujeito nele incide por leviandade, imprudência, descuido etc. Nos termos do parágrafo único do art. 21 do CP, considera-se evitável o erro se o sujeito atua ou se

1. Welzel, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 231.

omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento.

4. ERRO DE PROIBIÇÃO E ERRO DE TIPO: EFEITOS QUANTO AO DOLO E CULPABILIDADE

Erro de tipo é o que recai sobre os elementos ou circunstâncias do tipo. Exclui o dolo, podendo o sujeito responder por crime culposos (CP, art. 20 e § 1.º).

Erro de proibição é o que incide sobre a ilicitude do fato. O dolo subsiste. A culpabilidade, quando o erro é escusável, fica excluída; quando inescusável, atenuada, reduzindo-se a pena de um sexto a um terço (art. 21, *caput*). No primeiro caso o sujeito é absolvido; no segundo, condenado.

5. CASOS DE ERRO DE PROIBIÇÃO

O erro de proibição ocorre nos seguintes casos:

1.º) erro ou ignorância de direito: o sujeito sabe o que faz, porém “não conhece a norma jurídica ou não a conhece bem e a interpreta mal”² (o chamado erro de proibição direto);

2.º) suposição errônea da existência de causa de exclusão da ilicitude não reconhecida juridicamente (erro indireto);

3.º) discriminantes putativas: o sujeito supõe erradamente que ocorre uma causa excludente da ilicitude (erro indireto)³.

6. ERRO E IGNORÂNCIA DE DIREITO

a) Conceitos

Aristóteles já falava de uma ignorância de negação e de uma ignorância de disposição. A primeira tratava da ignorância propriamente dita, *i. e.*, ausência completa de conhecimento; a segunda tratava do erro, julgamento de um objeto de modo distinto de como é na realidade. A partir daí, fixaram-se os dois conceitos: erro (conhecimento equivocado) e ignorância (ausência de conhecimento).

2. Welzel, ob. e loc. cit., p. 232 e 233.

3. Idem, ibidem, p. 235.

A tese separatista ficou reduzida aos domínios das ciências psicológicas, pois no terreno penal ganhou firmeza a tese unitarista, segundo a qual as duas situações se equivalem. Não obstante, os Códigos continuam a empregar as duas expressões.

A ignorância pressupõe ausência absoluta de conhecimento a respeito de determinada matéria. O erro implica conhecimento acerca de certa matéria, que se supõe verdadeiro quando é falso. Na primeira, não há conhecimento; no segundo, há conhecimento falso. A diferença deve ser feita em face da norma de proibição. Na ignorância do direito, o sujeito desconhece a existência da norma de proibição contida implicitamente na lei penal incriminadora. No erro de direito, há má interpretação da norma de proibição. Ele não desconhece a existência da norma de proibição, mas incide em erro sobre seu conteúdo.

b) Efeitos

O erro de direito (ou a ignorância de direito) pode ser:

a) *evitável* ou *inescusável*: o que pode ser evitado por um homem normal dotado de prudência e discernimento;

b) *inevitável* ou *escusável*: é o “erro não imputável ao próprio agente e que não deriva de sua falta de atenção ou cuidado”.

O erro de direito inevitável exclui a culpabilidade (CP, art. 21, *caput*, 2.^a parte).

O erro de direito evitável apenas atenua a reprovabilidade (culpabilidade), *i. e.*, atenua a pena (art. 21, *caput*, parte final). A redução da pena é obrigatória; o *quantum* da redução, facultativo.

c) Erro de direito penal e erro de direito extrapenal

Vimos no ponto da norma penal em branco que muitas vezes o tipo faz referência a uma lei extrapenal. É o caso do crime do art. 237 (conhecimento prévio de impedimento), que possui seu complemento no CC (arts. 1.521 e 1.523). Assim, é possível que o erro do sujeito incida sobre matéria contida fora do CP. Daí falar-se em:

a) erro de direito penal; e

b) erro de direito extrapenal.

É possível que a lei penal faça remissão a uma lei extrapenal. Neste caso, a norma extrapenal se impregna de conteúdo penal, transforma-se em lei penal e, então, trata-se de erro de direito, aplicando-se o art. 21 do CP. É possível, porém, que o erro sobre matéria extrapenal não seja propriamen-

te um erro de direito, mas erro de tipo. Então, há exclusão da tipicidade por erro de tipo (o dolo é excluído), aplicando-se o que dispõe o art. 20, *caput*, 1.^a parte. Ex.: constitui delito o fato de “contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta” (CP, art. 237). Os impedimentos se encontram previstos nos arts. 1.521, 1.523 etc. do CC. Suponha-se que dois irmãos se casem, desconhecendo a relação de parentesco. Trata-se de erro de tipo, excludente do dolo e da tipicidade do fato (CP, art. 20, *caput*, 1.^a parte). Se, entretanto, supunham a inexistência legal do impedimento, a hipótese é de erro de direito (CP, art. 21).

Assim, entendemos que é preciso distinguir no denominado erro de direito extrapenal:

1.º) se a má interpretação versar sobre a norma extrapenal, haverá erro de direito;

2.º) se o erro incidir sobre o *fato* constitutivo da matéria extrapenal, tratar-se-á de erro de tipo (art. 20, *caput*, 1.^a parte), excludente do dolo e, em consequência, da tipicidade do fato.

É o que ensina Welzel: o erro sobre uma circunstância de fato do tipo complementar é um *erro de tipo*; o erro sobre a norma complementar (a disposição punitiva) é um *erro de proibição*⁴.

d) Erro de direito e delito putativo por erro de direito

No ponto da qualificação legal e doutrinária dos crimes, vimos que o denominado delito putativo possui três espécies:

a) delito putativo por erro de direito (erro de proibição);

b) delito putativo por erro de tipo; e

c) delito putativo por obra de agente provocador.

Há delito putativo por erro de direito quando o sujeito supõe estar praticando um crime mas não há norma incriminadora definindo o fato. Ele supõe que o *Direito* pune o fato, quando se trata de um indiferente penal (fato atípico). É o caso de o sujeito, sem violência real ou presumida, sem grave ameaça, ter conjunção carnal com irmã, supondo que o CP vigente descreve o crime de incesto.

O erro de direito não se confunde com o delito putativo por erro de direito. O erro de direito exclui a culpabilidade, se inevitável.

4. Ob. cit., p. 235.

No delito putativo por erro de direito não há crime a punir, uma vez que o fato praticado pelo sujeito é atípico. Além disso, quando ocorre o primeiro, o agente não quer praticar crime algum; no segundo, ao contrário, ele quer praticar um crime que não é previsto como tal na legislação.

7. SUPosição ERRôNEA DA EXISTêNCIA DE CAUSA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE NÃO RECONHECIDA JURIDICAMENTE

De acordo com a doutrina da culpabilidade normativa, a suposição de causa excludente da ilicitude é caso de erro de proibição, excludente da culpabilidade, quando inevitável; atenuador da pena, quando evitável. Ex.: o sujeito pensa que pode corrigir corporalmente o injuriador.

Inserindo-se no art. 21 do CP, pode ser:

- a) inevitável: exclui a culpabilidade;
- b) evitável: atenua a pena.

8. DESCRIMINANTES PUTATIVAS

Vimos essa matéria no capítulo do erro de tipo, ao qual remetemos o leitor. Cumpre recordar que as descriminantes putativas derivam de erro, que pode ser:

1.º) Erro de tipo: aplica-se o disposto no art. 20, § 1.º, do CP. Ocorre quando o erro deriva da má apreciação das circunstâncias de fato. Exemplo do lenço, citado no item 8 do capítulo XXX, *retro*. Se inevitável, exclui dolo e culpa (art. 20, § 1.º, 1.ª parte); se evitável, exclui o dolo, podendo o sujeito responder por crime culposos (§ 1.º, 2.ª parte).

2.º) Erro de proibição: aplica-se o art. 21 do CP. Ocorre quando o erro do sujeito decorre de má apreciação dos limites jurídicos de uma causa excludente da ilicitude. Ex.: o sujeito se defende do carrasco, supondo injusta a condenação (legítima defesa putativa por erro de proibição, recaindo sobre a injustiça da agressão). Se inevitável, há exclusão da culpabilidade (art. 21, *caput*, 2.ª parte); se evitável, não fica excluída a culpabilidade, respondendo o sujeito por crime doloso com a pena diminuída (parte final).

Capítulo XLVII

DA COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

1. CONCEITO E ESPÉCIES DE COAÇÃO

Coação é o emprego de força física ou de grave ameaça contra alguém, no sentido de que faça alguma coisa ou não.

Há duas espécies de coação:

a) coação física (*vis absoluta*);

b) coação moral (*vis compulsiva*).

Coação física é o emprego de força bruta tendente a que a vítima (coato) faça alguma coisa ou não. Ex.: o sujeito, mediante força bruta, impede que o guarda ferroviário combine os binários e impeça uma colisão de trens.

Coação moral é o emprego de grave ameaça contra alguém, no sentido de que realize um ato ou não. Ex.: o sujeito constrange a vítima, sob ameaça de morte, a assinar um documento falso.

2. ESPÉCIE DE COAÇÃO PREVISTA NO ART. 22, 1.^a PARTE, DO CP

O art. 22, 1.^a parte, do CP reza o seguinte: “Se o fato é cometido sob coação irresistível... só é punível o autor da coação...”. Assim, se o sujeito é coagido a assinar um documento falso, responde pelo crime de falsidade o autor da coação. O coato não responde pelo crime, uma vez que sobre o fato incide a causa de exclusão da culpabilidade.

O CP, falando em “coação” e não distinguindo, permite a formulação da seguinte questão: a que espécie de coação se refere o art. 22? Física? Moral? Ou ambas?

Quando o sujeito pratica o fato sob coação física irresistível, não concorre a liberdade psíquica ou física. Não há a vontade integrante da conduta, pelo que não há o próprio comportamento, primeiro elemento do fato típico. Então, não há crime por ausência de conduta, aplicando-se o disposto no art.

13, *caput*, do CP. Logo, o art. 22 não trata da coação física, caso que fica resolvido pelo art. 13, *caput*. O art. 22 só cuida da coação *moral* irresistível.

A coação que exclui a culpabilidade é a moral. Tratando-se de coação física, o problema não é de culpabilidade, mas sim de fato típico, que não existe em relação ao coato por ausência de conduta voluntária.

3. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. RESPONSABILIDADE DO COATOR

Quando o sujeito comete o fato típico e antijurídico sob coação moral irresistível não há culpabilidade em face da inexigibilidade de outra conduta (não é reprovável o comportamento). A culpabilidade desloca-se da figura do coato para a do coator.

A coação que exclui a culpabilidade não se confunde com o estado de necessidade, excludente da antijuridicidade. No fato necessário ninguém constrange o sujeito a realizar o comportamento típico. É ele que realiza a conduta típica, para a salvação de direito próprio ou alheio. Na coação, ao contrário, há uma pessoa (o coator) que obriga outra (o coato) a realizar um fato típico e antijurídico. Sendo ilícita a conduta do coator, a do coato não deixa também de ser antijurídica, mas, como não age livremente, não enseja a reprovabilidade social (culpabilidade).

A coação moral deve ser irresistível. Tratando-se de coação moral resistível não há exclusão da culpabilidade, incidindo uma circunstância atenuante (CP, art. 65, III, c, 1.^a figura).

Não é necessário que o mal pronunciado pelo coator se dirija contra o coato. Pode o sujeito constranger o coato sob ameaça de mal a seu parente.

O coator é que responde pelo fato típico e antijurídico praticado pelo coato, com a agraviação de pena prevista no art. 62, II. Além disso, responde por crime de constrangimento ilegal (art. 146) por haver coagido o executor do delito. Há dois crimes em concurso formal: constrangimento ilegal e crime cometido pelo coato, sendo este agravado. Ex.: sob ameaça de morte, *A* constrange *B* a lesionar a integridade física de *C*. Tratando-se de coação moral irresistível, *B* não responde por crime de lesão corporal. *A* responde por dois crimes: lesão corporal (agravada a pena em face da circunstância genérica) e constrangimento ilegal, em concurso formal. Na fixação da pena o juiz aplicará a mais grave (da lesão corporal, diante da agravante), aumentada de um sexto até metade (art. 70).

Em regra, o fato apresenta três figuras: coator, coato e vítima, que sofre a conduta do constrangido. Entretanto, excepcionalmente, pode apresentar apenas duas pessoas: coator e coato. Ex.: aquele constrange este a praticar ato obsceno em lugar exposto ao público. Não há no caso três pessoas determinadas, aparecendo a coletividade como sujeito passivo.

Capítulo XLVIII

DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

1. CONCEITO E ESPÉCIES DE ORDEM DE SUPERIOR HIERÁRQUICO

Ordem de superior hierárquico é a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, no sentido de que realize uma conduta (positiva ou negativa)¹.

A ordem pode ser:

- a) legal ou
- b) ilegal.

Quando a ordem é legal, nenhum crime comete o subordinado (nem o superior), uma vez que se encontra no estrito cumprimento de dever legal. Ex.: o oficial de justiça, em cumprimento a um mandado de prisão preventiva expedido pelo juiz, executa a ordem judicial, prendendo alguém. O juiz e o oficial da justiça não cometem crime algum.

A ordem ilegal pode ser:

- a) manifestamente ilegal ou
- b) não manifestamente ilegal.

Quando a ordem é manifestamente ilegal, respondem pelo crime o superior e o subordinado. Ex.: o delegado de polícia determina ao soldado que exija do autor de um crime determinada quantia, a fim de não ser ins-

1. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, São Paulo, Forense, 1956, v. 2, p. 239.

taurado inquérito policial. Os dois respondem por crime de concussão (CP, art. 316, *caput*). Em relação ao subordinado há uma atenuante genérica (CP, art. 65, III, *c*).

É possível que a ordem emanada do superior hierárquico não seja manifestamente ilegal. É o caso apresentado por Nélson Hungria: “um bissonho soldado de polícia, por ordem do comandante da escolta, mata com um tiro de fuzil, supondo agir por obediência devida, o criminoso que tenta fugir ou opõe resistência *passiva* ao mandado de prisão”². Neste caso, aplica-se o disposto no art. 22, 1.^a parte, do CP.

2. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

O art. 22, 2.^a parte, reza o seguinte: “Se o fato é cometido... em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da... ordem”.

No caso de a ordem não ser manifestamente ilegal, embora a conduta do subordinado constitua fato típico e antijurídico, não é culpável, em face de incidir um relevante erro de proibição. Diante disso, o subordinado não responde pelo crime, em face da ausência de culpabilidade. A obediência hierárquica constitui, assim, causa de exclusão da culpabilidade.

O subordinado tem direito de examinar a legalidade da ordem emanada de seu superior? Atualmente, não se admite mais o cego cumprimento da ordem ilegal, permitindo-se que o inferior examine o conteúdo da determinação, pois ninguém possui dever de praticar uma ilegalidade. Não se coloca o subordinado numa condição de julgador superior da ordem, o que criaria um caos na máquina administrativa, mas a ele se outorga o direito de abster-se de cumprir uma determinação de prática de fato manifestamente contrário à lei mediante uma apreciação relativa. Relativa porque não lhe cabe julgar a oportunidade, a conveniência ou a justiça da prática do fato constitutivo da ordem, mas somente a sua legalidade. De observar que em certos casos a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar, em que não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem. Então, se a ordem é ilegal, é ilegal também o fato praticado pelo subordinado. Mas, como não lhe cabe discutir sobre sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento de dever legal (dever de obedecer à ordem). Então, o subor-

2. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, t. 2, p. 262.

dinado não responde pelo crime, aplicando-se uma causa de exclusão da antijuridicidade (art. 23, III), respondendo por ele o superior. Isso ocorre quando não há a potencial consciência da ilicitude da ordem. Se ela existe, o subordinado responde pelo delito. Se, por erro de proibição, o subordinado crê seguramente que a ordem é legal, quando é ilegal, aplica-se o que a doutrina denomina erro de proibição (art. 21), incidindo o estrito cumprimento de dever legal putativo. Se a ordem não é manifestamente legal e o subordinado não incide em erro de proibição, havendo apenas um erro de interpretação a respeito de sua legalidade, aplica-se o princípio do art. 22, 2.^a parte. O fato permanece ilícito, mas não é culpável o subordinado em face de relevante erro de direito, excludente da culpabilidade. Quando a ordem é manifestamente ilegal, o subordinado não tem obrigação de cumpri-la (salvo exceções). Cumprindo-a, responde pelo fato criminoso. Quando, porém, a ordem não é manifestamente ilegal, o subordinado pode incidir em erro de apreciação, não percebendo a sua ilegalidade. Aí é que surge o erro de direito excludente da culpabilidade, afastada a potencial consciência da ilicitude. Ausente, incide uma atenuante genérica (CP, art. 65, III, c).

3. REQUISITOS. RESPONSABILIDADE DO SUPERIOR HIERÁRQUICO

São requisitos da obediência hierárquica:

a) Que haja relação de direito público entre superior e subordinado — a subordinação doméstica ou eclesiástica não ingressa na teoria da obediência hierárquica. Assim, não há obediência hierárquica (para fins penais) entre pais e filhos, entre bispo e sacerdotes etc.

b) Que a ordem não seja manifestamente ilegal.

c) Que a ordem preencha os requisitos formais.

d) Que a ordem seja dada dentro da competência funcional do superior.

e) Que o fato seja cumprido dentro de “estrita obediência” à ordem do superior. Se o subordinado vai além do determinado pelo superior, responde pelo excesso. Neste caso, o inferior responde pelo crime, não havendo exclusão da culpabilidade.

Presentes os requisitos, o subordinado não responde pelo crime por ausência de culpabilidade. O fato criminoso, então, é imputável ao superior. É o que determina o art. 22, 2.^a parte, *in fine*: “Se o crime é cometido... em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor... da ordem” [grifo nosso].

Capítulo XLIX

DA INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL OU DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

1. INTRODUÇÃO

Vimos que a culpabilidade é composta de três elementos:

- a) imputabilidade;
- b) potencial consciência da ilicitude; e
- c) exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade pode ser excluída por determinadas causas, denominadas causas de inimputabilidade. Não havendo imputabilidade, primeiro elemento da culpabilidade, não há culpabilidade e, em consequência, não há pena. Assim, em caso de inimputabilidade, o agente que praticou o fato típico e antijurídico deve ser absolvido, aplicando-se medida de segurança.

São causas de exclusão da imputabilidade:

- a) inimputabilidade por doença mental;
- b) inimputabilidade por desenvolvimento mental incompleto (menoridade penal);
- c) inimputabilidade por desenvolvimento mental retardado;
- d) inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

2. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA INIMPUTABILIDADE

Três são os sistemas sobre as causas de inimputabilidade:

- a) sistema biológico;
- b) sistema psicológico;
- c) sistema biopsicológico.

De acordo com o sistema biológico, leva-se em conta a causa e não o efeito. Condiciona a imputabilidade à inexistência de doença mental, de desenvolvimento mental deficiente e de transtornos psíquicos momentâneos. Assim, se o sujeito é portador de doença mental e pratica um fato típico e antijurídico, pela circunstância de ser doente é considerado inimputável, não importando que a causa tenha excluído ou diminuído a capacidade de compreensão ou de determinação da conduta delituosa.

Para o sistema psicológico, o que importa é o efeito e não a causa. Leva em conta se o sujeito, no momento da prática do fato, tinha condição de compreender o seu caráter ilícito e de determinar-se de acordo com essa compreensão ou não. Se o agente não tinha capacidade de compreensão ou determinação, é considerado inimputável, sem que seja necessário precisar sua causa.

O sistema biopsicológico é constituído dos dois primeiros. Toma em consideração a causa e o efeito. Só é inimputável o sujeito que, em consequência da anomalia mental, não possui capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão. A doença mental, p. ex., por si só não é causa de inimputabilidade. É preciso que, em decorrência dela, o sujeito não possua capacidade de entendimento ou de autodeterminação.

O nosso CP, como se vê nos arts. 26, *caput*, e 28, § 1.º, adotou o critério biopsicológico.

3. INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL OU DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

O art. 26, *caput*, determina que “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Para que seja considerado inimputável não basta que o agente seja portador de “doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. É necessário que, em consequência desses estados, seja “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (no momento da conduta). Pode ser apre-

sentado o seguinte quadro, de autoria de Roberto Lyra:

Requisitos da inimputabilidade (art. 26, <i>caput</i>)	<div><div>a) <i>requisito causal</i> (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado)</div><div>b) <i>requisito cronológico</i> (ao tempo da ação ou da omissão)</div><div>c) <i>requisito consequencial</i> (inteira incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento)</div></div>
---	--

O doente mental pode ser considerado imputável?

Depende. Se, no momento da conduta típica e ilícita, por causa de doença mental, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, deve ser considerado inimputável. Ao contrário, se, embora portador de doença mental, no momento da prática do fato tinha capacidade intelectual e de autodeterminação, deve ser considerado imputável.

A doença mental é um dos pressupostos biológicos da inimputabilidade. Dentre outras, a expressão abrange as psicoses (orgânicas, tóxicas e funcionais, como paralisia geral progressiva, demência senil, sífilis cerebral, arteriosclerose cerebral, psicose traumática, causadas por alcoolismo, psicose maníaco-depressiva etc.), esquizofrenia, loucura, histeria, paranoia etc.

A segunda causa de inimputabilidade é o desenvolvimento mental incompleto, *i. e.*, o desenvolvimento mental que ainda não se concluiu. É o caso dos menores de 18 anos (art. 27) e dos silvícolas inadaptados. Assim, se um menor de 18 anos ou um silvícola inadaptado pratica um fato típico e antijurídico, não responde pelo crime, por ausência de culpabilidade (art. 26, *caput*).

A inimputabilidade do silvícola inadaptado é discutível. Heleno Cláudio Fragoso, no relatório apresentado na terceira seção do IX Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em Caracas, na Venezuela, em agosto de 1976, sobre os “Aspectos jurídicos da marginalização social”, lembrou que Carrancá y Trujillo, na reunião da Comissão de Redação do CP Tipo para a América Latina, no México, em 1965, observava não ver razão para considerar os indígenas inadaptados carentes de desenvolvimento mental completo: “podem ter um desenvolvimento muito mais completo que outras raças”.

A terceira causa de inimputabilidade contida no art. 26, *caput*, é o desenvolvimento mental retardado. É o caso dos oligofrênicos (idiotas, imbecis e débeis mentais) e dos surdos-mudos (conforme as circunstâncias).

No tocante a estes, há três situações: a) se, em consequência da surdo-mudez, o sujeito não tem capacidade de compreensão ou de autodeterminação no momento da prática do fato, cuida-se de inimputável, aplicando-se a regra do art. 26, *caput*; b) se, em consequência da anomalia, o sujeito possui diminuída a capacidade intelectual e volitiva, trata-se de semirresponsável, aplicando-se o disposto no art. 26, parágrafo único (responde pelo crime com pena diminuída); c) se, embora, surdo-mudo, o sujeito possui capacidade de entender e de determinar-se, responde pelo crime sem qualquer atenuação (em relação à pena abstrata).

Ao inimputável, nos termos do art. 26, *caput*, aplica-se medida de segurança (CP, art. 97). Assim, embora absolvido por ausência de culpabilidade, sujeita-se à medida de segurança.

4. DIMINUIÇÃO DA CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO E DE VONTADE — CASO DE REDUÇÃO DA PENA OU DE APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA

É princípio de Psiquiatria que entre a saúde e a anormalidade psíquica não se pode traçar uma linha precisa de demarcação. A natureza não dá saltos e, do mesmo modo, entre a saúde e a normalidade mental há graus intermediários, que Fernando Díaz Palos chama de “terreno neutral”¹. Assim, entre a imputabilidade e a inimputabilidade existe um estado intermédio com reflexos na culpabilidade e, por consequência, na responsabilidade do agente. Situam-se nessa faixa os denominados *demi-fous* ou *demi-responsables*, compreendendo os casos benignos ou fugidios de certas doenças mentais, as formas menos graves de debilidade mental, os estados incipientes, estacionários ou residuais de certas psicoses, os estados interparoxísticos dos epiléticos e histéricos, certos intervalos lúcidos ou períodos de remissão, certos estados psíquicos decorrentes de especiais estados fisiológicos (gravidez, puerpério, climatério etc.) e as chamadas personalidades psicopáticas². Atendendo à circunstância de o agente, em face dessas causas, não possuir a plena capacidade intelectual ou volitiva, o Direito Penal atenua a sua severidade, diminuindo a pena a ser imposta.

Fala-se comumente em *imputabilidade diminuída*. A expressão é incorreta, pois o agente é *imputável*. Há diminuição da *responsabilidade* (a

1. *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 175.

2. Néelson Hungria, ob. cit., p. 340.

pena é diminuída) e não da *imputabilidade*. Assim, podemos falar em *responsabilidade diminuída* e não em imputabilidade diminuída.

A responsabilidade diminuída, como o próprio nome indica, não constitui causa de exclusão da culpabilidade. O agente responde pelo crime com pena privativa de liberdade atenuada ou medida de segurança. E a sentença é condenatória.

O CP, com a indicação marginal “redução de pena”, prevê a responsabilidade diminuída no art. 26, parágrafo único: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

No caso da inimputabilidade (art. 26, *caput*) por causa de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o agente, no momento da conduta, é “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Ele não possui capacidade intelectual ou volitiva. Na responsabilidade diminuída, em face da anormalidade psíquica, ele não possui a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, *i. e.*, a causa não é de molde a suprimir-lhe integralmente a capacidade intelectual ou volitiva. Enquanto no *caput* o artigo emprega a expressão “doença mental”, no parágrafo usa os termos “perturbação da saúde mental”, repetindo a locução “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. Não se identificam as expressões “doença mental” e “perturbação da saúde mental”. É certo que toda doença mental constitui perturbação da saúde mental. Mas nem toda perturbação da saúde mental constitui doença mental. No caso do parágrafo ingressam as doenças mentais que não retiram do sujeito a capacidade intelectual ou volitiva, mas diminuem essa capacidade, e outras anormalidades psíquicas que, diminuindo o entendimento e a vontade, não constituem doenças mentais. Em face de doença mental, p. ex., podem ocorrer duas hipóteses: *a*) em decorrência dela o agente é inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento: aplica-se o *caput* do art. 26; *b*) por causa da doença mental o agente não possui a plena capacidade de entendimento ou de determinação: aplica-se o parágrafo único do art. 26.

Não é suficiente que o agente seja portador de perturbação da saúde mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. É necessário que, em consequência dessas causas, ao tempo da realização da conduta, não possua a plena capacidade de entendimento ou de determinação (sistema biopsicológico). Pode ser apresentado o seguinte quadro, de autoria de Roberto Lyra:

Requisitos da
responsabilidade
diminuída (art.
26, parágrafo
único)

- a) *requisito causal* (perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado)
- b) *requisito cronológico* (ao tempo da ação ou da omissão)
- c) *requisito consequencial* (falta de plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento)

A redução da pena privativa de liberdade é obrigatória e não facultativa. A expressão “pode” diz respeito ao *quantum* da redução, não à própria causa de diminuição. Não é necessário que o Juiz reduza a pena exatamente nos termos propostos pelo CP: ou um terço ou dois terços. Dentro do limite máximo e mínimo de redução pode aplicar a pena reduzida que lhe parecer conveniente.

O CP de 1940 adotou o *sistema do duplo binário* (também denominado dualista, de dupla via ou de dois trilhos), em que a medida de segurança funcionava como complemento da pena. É o que continha no art. 82, I, ao determinar que a medida de segurança era executada depois de cumprida a pena privativa de liberdade. Assim, em relação às pessoas de responsabilidade diminuída (personalidades psicopáticas ou sociopáticas, anormais), eram aplicadas sucessivamente a pena e a medida de segurança (internação em casa de custódia e tratamento — art. 92, *caput*).

O sistema do duplo binário era muito combatido. Se o agente era semirresponsável, necessitava de *tratamento*, não se justificando que primeiro cumprisse a pena e depois fosse internado em casa de custódia e *tratamento*. Foi o que aconteceu na Recomendação do Sexto Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Roma, em 1953. Delitala, após cuidar da divisão tripartida dos delinquentes em imputáveis não perigosos, semi-imputáveis e inimputáveis, afirmou: “Ai primi si applicano le pene, ed è giusto; ai terzi, ed è altrettanto giusto, le misure di sicurezza; ai secondi, ed non è nè giusto, nè pratico, tanto le pene che le misure”.

Na verdade, o sistema anterior era falho, uma vez que, em alguns casos, a execução sucessiva da pena e da medida de segurança detentiva significava apenas a transferência do detento de uma para outra ala do mesmo estabelecimento penitenciário. Além disso, era possível que a pena tivesse longa duração, ficando o tratamento para depois de seu cumprimento, o que era um contrassenso.

A reforma penal de 1984, no art. 98, adotou o sistema *vicariante* (ou unitário): ou é aplicada somente pena ou somente medida de segurança. É uma fórmula unicista ou alternativa: não podem ser aplicadas ao condena-

do semirresponsável uma pena e uma medida de segurança para a execução sucessiva; ou bem a pena, ou bem a medida de segurança, conforme o caso.

5. REQUISITOS NORMATIVOS DA INIMPUTABILIDADE

A capacidade psicológica manifesta-se por meio do entendimento e da *vontade*. Imputável é o sujeito que no momento da conduta possui *capacidade* de “entender o caráter ilícito do fato” e *capacidade* de “determinar-se de acordo com esse entendimento”. Há, então, dois requisitos normativos de imputabilidade:

- a) intelectual;
- b) volitivo.

O requisito (ou momento) intelectual diz respeito à capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato, *i. e.*, capacidade de compreender que o fato é socialmente reprovável.

O requisito (ou momento) volitivo diz respeito à capacidade de determinação, *i. e.*, capacidade de dirigir o comportamento de acordo com o entendimento de que ele (comportamento) é socialmente reprovável.

Faltando um dos requisitos, surge a inimputabilidade. Não é necessário que o sujeito seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato “e” de determinar-se de acordo com esse entendimento. É suficiente a ausência de um dos requisitos normativos da imputabilidade. Assim, a inimputabilidade surge:

a) por ausência da capacidade de entendimento: o sujeito é inteiramente incapaz de compreender o caráter ilícito do fato;

b) por ausência da capacidade volitiva: o sujeito é inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com o entendimento da reprovabilidade do fato.

Há casos em que o sujeito, embora tenha consciência do caráter ilícito do fato, não tem condições de vontade capazes de fazer com que deixe de praticá-lo. A vontade viciada (pela doença mental, p. ex.) é impotente para impedi-lo de praticar o fato. É como o caso do fumante, p. ex. (apenas a título de facilitar o entendimento): ele tem consciência de que o fumo lhe é prejudicial à saúde (momento intelectual), mas sua vontade é impotente para impedir a prática do vício (momento volitivo).

6. MENORIDADE PENAL

Nos termos do que dispõe o art. 26, *caput*, são inimputáveis os porta-

dores de “desenvolvimento mental incompleto”, expressão que abrange os menores.

Enquanto para os outros casos (doença mental, desenvolvimento mental retardado e desenvolvimento mental incompleto em relação aos silvícolas inadaptados) o Código adotou o *sistema biopsicológico*, foi adotado o *sistema biológico* quanto aos menores (exceção à regra).

O art. 27 reza: “Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (Const. Federal, art. 228).

Os menores de 18 anos de idade são inimputáveis. Praticando um fato típico e ilícito, não respondem por crime por ausência de imputabilidade, que exclui a culpabilidade.

O Código prevê presunção absoluta de inimputabilidade. Acatado o critério biológico, não é preciso que, em decorrência da menoridade, o menor seja “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. A menoridade (fator biológico) já é suficiente para criar a inimputabilidade: o Código presume de forma absoluta que o menor de 18 anos “é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato” e de “determinar-se de acordo com esse entendimento”. A presunção não admite prova em contrário. Suponha-se que um menor de 18 anos de idade, *sábio*, pratique um fato típico e ilícito. Mesmo que tenha capacidade intelectual e volitiva (é o caso, pois se trata de um prodígio) não responde por crime, pois o Código presume a inimputabilidade. Suponha-se agora que um rapaz de 17 anos de idade, *casado*, pratique um fato objetivamente criminoso. Pelo casamento, ele alcançou a maioridade civil. Em face do CP, porém, ele deve ser considerado inimputável, pois não tinha 18 anos de idade quando cometeu o fato.

O limite de idade deve ser fixado de acordo com a regra do art. 10, 1.^a parte: “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo”. Se o fato é cometido no dia em que o sujeito comemora seus 18 anos, responde por crime, pois não se indaga a que *hora* completa a maioridade penal. A partir do primeiro instante do dia do aniversário surge a maioridade. Suponha-se que o sujeito tenha nascido no dia 3 de janeiro de 1970, às 16h. Vem a cometer o fato no dia 3 de janeiro de 1988, às 12h. *De fato*, ele completará 18 anos de idade às 16h de 3 de janeiro de 1988. Então, *de fato*, não terá praticado o crime durante a maioridade, pois foi cometido antes das 16h. Em face do CP, porém, ele será considerado imputável, uma vez que a partir do primeiro momento de 3 de janeiro terá completado 18 anos de idade. Sob outro aspecto, leva-se em conta o momento da atividade e não o momento de produção do resultado, de acordo com a regra que apresentamos na matéria

do “tempo do crime”. Assim, se o sujeito, faltando alguns dias para completar 18 anos de idade, desfere golpes de faca na vítima, que vem a morrer depois de ele (autor da conduta) completar 18 anos, não responde por crime.

É comum o entendimento de que o menor, tendo cometido um fato objetivamente criminoso antes dos 18 anos, responde pelo crime após completar a maioridade penal. Errado. Nos termos do que dispõe o art. 27, os menores de 18 anos de idade são absolutamente inimputáveis. Eles jamais sofrerão pena em face do CP ou de lei especial. Estão fora do CP ou da lei extravagante, aplicando-se a legislação especial.

A Lei n. 8.069, de 13-7-1990, dispõe sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos de idade pela prática de fatos definidos como infrações penais (Estatuto da Criança e do Adolescente). Foi revogado o Código de Menores (Lei n. 6.697, de 10-10-1979).

Capítulo L

DA INIMPUTABILIDADE POR EMBRIAGUEZ COMPLETA PROVENIENTE DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

1. CONCEITO, FASES E ESPÉCIES DE EMBRIAGUEZ

Embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool, cujos efeitos podem progredir de uma ligeira excitação inicial até ao estado de paralisia e coma¹.

Possui as seguintes fases:

a) excitação (euforia, loquacidade, diminuição da capacidade de auto-crítica);

b) depressão (confusão mental, falta de coordenação motora, irritabilidade, disartria);

c) fase de sono (o ébrio cai e dorme, havendo anestesia e relaxamento dos esfíncteres, culminando com o estado de coma).

A embriaguez pode ser:

a) completa; e

b) incompleta.

A embriaguez completa corresponde ao segundo e ao terceiro períodos (fases), sendo que neste último (período letárgico) o sujeito só pode cometer crimes omissivos ou comissivos por omissão. A embriaguez incompleta corresponde à primeira fase.

Tendo em vista o elemento subjetivo do agente em relação à embriaguez, esta pode ser:

1. Manzini, *Trattato di diritto penale*, 1950, v. 2, p. 140.

- a) voluntária ou culposa (não acidental);
- b) acidental.

Há embriaguez voluntária quando o sujeito ingere substância alcoólica com intenção de embriagar-se.

Existe ebiez culposa quando o sujeito não ingere substância alcoólica com a finalidade de embriagar-se, mas em face de excesso imprudente vem a embriagar-se.

A embriaguez é acidental quando não voluntária nem culposa. Pode ser proveniente de:

- a) caso fortuito;
- b) força maior.

A embriaguez é proveniente de caso fortuito quando o sujeito desconhece o efeito inebriante da substância que ingere, ou quando, desconhecendo uma particular condição fisiológica, ingere substância que possui álcool (ou substância análoga), ficando embriagado. Ex.: o sujeito toma vinho reconstituente, que possui pequena parte de álcool, sendo que em face de condição fisiológica que desconhece fica embriagado.

Há embriaguez proveniente de força maior no caso, p. ex., de o sujeito ser obrigado a ingerir bebida alcoólica.

Há embriaguez habitual quando o sujeito é dado ao uso de bebidas alcoólicas e se encontra frequentemente em estado de ebiez (CP italiano, art. 94). Difere da embriaguez crônica e patológica. Ensina Antolisei que a ebiez habitual constitui uma alteração patológica de natureza permanente, enquanto a embriaguez crônica é uma intoxicação aguda que presumivelmente cessa com o findar do uso de substâncias alcoólicas².

A embriaguez é preordenada quando o sujeito se embriaga propositamente para cometer um crime.

2. SISTEMA DA EMBRIAGUEZ NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Na legislação penal brasileira, a embriaguez apresenta o seguinte esquema, com indicação dos artigos aplicáveis às hipóteses:

2. *Manuale di diritto penale*, p. 343.

EMBRIAGUEZ

- | | | |
|---------------------------------|---|--|
| 1. NÃO ACIDENTAL | $\left\{ \begin{array}{l} \text{A) VOLUNTÁRIA} \\ \text{B) CULPOSA} \end{array} \right.$ | $\left\{ \begin{array}{l} \text{a) completa} \rightarrow \text{art. 28, II} \\ \quad \text{(não exclui a imputabilidade)} \\ \text{b) incompleta} \rightarrow \text{art. 28, II} \\ \quad \text{(não exclui a imputabilidade)} \end{array} \right.$
$\left\{ \begin{array}{l} \text{a) completa} \rightarrow \text{art. 28, II} \\ \quad \text{(não exclui a imputabilidade)} \\ \text{b) incompleta} \rightarrow \text{art. 28, II} \\ \quad \text{(não exclui a imputabilidade)} \end{array} \right.$ |
| 2. ACIDENTAL,
PROVENIENTE DE | $\left\{ \begin{array}{l} \text{A) CASO FORTUITO} \\ \text{B) FORÇA MAIOR} \end{array} \right.$ | $\left\{ \begin{array}{l} \text{a) completa} \rightarrow \text{art. 28, § 1.º} \\ \quad \text{(exclui a imputabilidade)} \\ \text{b) incompleta} \rightarrow \text{art. 28, § 2.º} \\ \quad \text{(o agente responde pelo crime} \\ \quad \text{com atenuação da pena)} \end{array} \right.$
$\left\{ \begin{array}{l} \text{a) completa} \rightarrow \text{art. 28, § 1.º} \\ \quad \text{(exclui a imputabilidade)} \\ \text{b) incompleta} \rightarrow \text{art. 28, § 2.º} \\ \quad \text{(o agente responde pelo crime} \\ \quad \text{com atenuação da pena)} \end{array} \right.$ |
3. PATOLÓGICA \rightarrow art. 26, *caput*, ou parágrafo único (exclui a imputabilidade ou causa a diminuição da pena)
4. PREORDENADA \rightarrow art. 61, II, *l* (circunstância agravante)

3. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA OU CULPOSA. “ACTIO LIBERA IN CAUSA”

O CP, no art. 28, II, determina que não exclui a imputabilidade a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool, ou substância de efeitos análogos. Prevê um caso de interpretação analógica, uma vez que a norma contém uma fórmula casuística (álcool) seguida de uma genérica (ou substância de efeitos análogos). Assim, não só a embriaguez proveniente de álcool não exclui a imputabilidade, mas também a derivada de outras substâncias de consequências semelhantes, como maconha, éter, ópio, cocaína, clorofórmio, barbitúricos etc., sendo irrelevante que seja completa ou incompleta.

Se o sujeito comete uma infração penal sob efeito de embriaguez, voluntária ou culposa, não há exclusão da imputabilidade e, por consequência, não fica excluída a culpabilidade. Ele responde pelo crime.

A adoção da teoria da *actio libera in causa* não oferece dificuldade na embriaguez preordenada, em que o sujeito, embriagando-se propositadamente, coloca-se em estado de inimputabilidade para cometer o crime. Complica-se o problema quando a conduta típica e ilícita é praticada pelo agente em estado de ebridez completa, voluntária ou culposa, e não preordenada. É o caso que tivemos na Comarca de Bauru: um sujeito, em estado de ebridez completa, voluntária e não preordenada, recolhido à cela correcional, veio a desferir um pontapé no rosto de outro preso correcional, vazando-lhe um dos olhos. Praticou o fato em estado de completa inimputabilidade. Interrogado, não se lembrava da ocorrência. Neste caso, o CP diz que a embriaguez não exclui a imputabilidade, pelo que o sujeito deve responder pelo crime (lesão corporal qualificada). Nélson Hungria, partidário da aceitação da teoria da ação livre da causa à espécie, afirmava que “mesmo quando não haja preordenação, não fica excluída, nos crimes comissivos, a responsabilidade a título de dolo, desde que, ao colocar-se voluntariamente em estado de conturbação psíquica, o indivíduo soube que estava criando o risco, que aceitou, de ocasionar resultados antijurídicos. Posto que haja relação causal entre o *voluntário* estado de inconsciência e a conduta produtiva do evento lesivo, não há por que desconhecer a culpabilidade”. Em outra passagem, afirmava que “não é de identificar-se na espécie, como já se tem pretendido, um caso de *responsabilidade objetiva*, mas de responsabilidade por ampliação (ditada por motivos de índole social) do próprio critério *voluntarístico*. E citava Rinaldo Pellegrini: “O ébrio, que cometeu um crime, é punível porque era livre na sua atuação relativamente ao fato inicial, *i. e.*, ao primeiro anel da cadeia que constitui, a seguir, o nexos de causalidade entre a embriaguez e o crime; a sucessiva atividade criminosa do agente, ainda que alheada ao controle deste, foi, portanto, provocada por uma ação *voluntária* (o abuso inconsiderado do álcool), que resultou na embriaguez e à qual pode ser referido o evento”. Para Nélson Hungria, “no caso de embriaguez não preordenada, mas *voluntária* ou *culposa*, responderá” o agente “por crime doloso ou culposos, segundo o indicarem as circunstâncias, ou seja, segundo a direção ou atitude da residual vontade que existe no estado de ebriedade”³.

3. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1, t. 2, p. 386 e 388.

A moderna doutrina penal não aceita a aplicação da teoria da *actio libera in causa* à embriaguez completa, voluntária ou culposa e não preordenada, em que o sujeito não possui previsão, no momento em que se embriaga, da prática do crime. Se o sujeito se embriaga, prevendo a possibilidade de praticar o crime e aceitando a produção do resultado, responde pelo delito a título de dolo. Se ele se embriaga prevendo a produção do resultado e esperando que não se produza, ou não o prevendo, mas devendo prevê-lo, responde pelo delito a título de culpa. Nos dois últimos casos, é aceita a aplicação da teoria da *actio libera in causa*. Diferente é o primeiro caso, em que o sujeito não desejou, não previu, nem havia elementos de previsão da ocorrência do resultado. Quando ainda imputável o sujeito, não agiu com dolo ou culpa em relação ao resultado do crime determinado. A embriaguez não pode ser considerada ato de execução do crime que o agente não previu. O CP, porém, recorrendo a uma ficção com fundamento em Política Criminal, resolveu punir o ébrio voluntário ou culposos como imputável, levando em conta não o dolo ou culpa existente na fase inicial em que se embriaga, mas de acordo com as circunstâncias do momento da prática do fato, ou seja, segundo a direção ou atitude da residual voluntariedade que existe no estado de ebriedade (Nélson Hungria). Então, os elementos decisivos para o estabelecimento da imputabilidade, nos termos do art. 28, II, são os processos psicológicos, ainda que anormais, existentes no momento da prática do fato. Vê-se que o Código extrai o elemento subjetivo ou normativo (dolo ou culpa) da vontade residual do ébrio no momento da prática do fato. Ora, se isso é possível, desnecessária se torna a invocação da teoria da *actio libera in causa* (argumento de Magalhães Noronha). Para que haja responsabilidade penal no caso da *actio libera in causa*, é necessário que no instante da imputabilidade o sujeito tenha querido o resultado, ou assumido o risco de produzi-lo, ou o tenha previsto sem aceitar o risco de causá-lo ou que, no mínimo, tenha sido previsível. Na hipótese de imprevisibilidade, de que estamos cuidando, não há falar em responsabilidade penal ou em aplicação da *actio libera in causa*. Assim, afirmando que não há exclusão da imputabilidade, o Código admite responsabilidade penal objetiva.

Essa situação alterou-se, porém, com o advento da Const. Federal de 1988, que, em seu art. 5.º, LVII, introduziu o princípio do estado de inocência: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ele é incompatível com a presunção de dolo ou culpa, de modo que o art. 28, II, do CP, deve ser interpretado de maneira a não admitir mais a responsabilidade objetiva.

4. EMBRIAGUEZ ACIDENTAL: CASOS DE EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE E DE DIMINUIÇÃO DA PENA

A embriaguez accidental é proveniente de:

- a) caso fortuito;
- b) força maior.

Quando a embriaguez accidental, proveniente de caso fortuito ou força maior, é *completa*, em consequência da qual, ao tempo da ação ou da omissão, o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, há exclusão da imputabilidade (art. 28, § 1.º). Neste caso, o sujeito não responde pelo crime, em face da ausência de culpabilidade. A sentença é absolutória. O legislador acatou o sistema biopsicológico. Não é suficiente a embriaguez accidental completa. É necessário que em consequência dela o sujeito seja inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (ausência de capacidade intelectual ou volitiva). Aplica-se o disposto no art. 28, § 1.º: “É isento de pena o agente que, por embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Não é preciso que ocorra ausência de capacidade intelectual e volitiva. É suficiente um dos efeitos (momento intelectual ou volitivo). Pode ser apresentado o quadro seguinte, de autoria de Roberto Lyra:

Requisitos da imputabilidade na embriaguez accidental (art. 28, § 1.º)	<ul style="list-style-type: none">a) <i>requisito causal</i> (embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior)b) <i>requisito quantitativo</i> (completa)c) <i>requisito cronológico</i> (ao tempo da ação ou da omissão)d) <i>requisito consequencial</i> (ausência de capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento)
--	---

Quando a embriaguez accidental, proveniente de caso fortuito ou força maior, é *incompleta*, não há exclusão da imputabilidade. O sujeito responde pelo crime com a pena atenuada, desde que haja redução de sua capacidade intelectual ou volitiva. A sentença é condenatória. Aplica-se o disposto no art. 28, § 2.º: “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Não é necessário que a redução alcance a capacidade intelectual e

volitiva, sendo suficiente um dos efeitos. A redução da pena, presentes as circunstâncias exigidas, é obrigatória. A faculdade (“pode”) diz respeito ao *quantum* da diminuição. Como o § 1.º trata da embriaguez completa, silenciando o § 2.º a respeito de seu grau, conclui-se que este se refere à incompleta. A situação pode ser posta no seguinte quadro, nos termos da orientação de Roberto Lyra:

Requisitos da redução facultativa da pena na embriaguez accidental (art. 28, § 2.º)	<div><div>a) <i>requisito causal</i> (embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior)</div><div>b) <i>requisito quantitativo</i> (incompleta)</div><div>c) <i>requisito cronológico</i> (ao tempo da ação ou da omissão)</div><div>d) <i>requisito consequencial</i> (redução da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento)</div></div>
---	--

Nos dois casos (§§ 1.º e 2.º), tratando-se de ebreiz momentânea, que não provoca alarme social nem periculosidade, não se aplica medida de segurança.

Se a embriaguez, embora proveniente de caso fortuito ou força maior, não exclui nem reduz a capacidade intelectual ou volitiva do agente ao tempo da prática do fato, este responde pelo crime: não há exclusão da imputabilidade nem atenuação da pena.

5. EMBRIAGUEZ SIMPLES, PATOLÓGICA E PREORDENADA: SOLUÇÕES LEGAIS

Embriaguez simples é a prevista no art. 28, II, do CP, que não exclui a imputabilidade.

Embriaguez patológica, segundo ensina Hélio Gomes, é a que se verifica nos predispostos, nos tarados, nos filhos de alcoólatras. Nesses indivíduos, extremamente suscetíveis às bebidas alcoólicas, dose pequena pode desencadear acessos furiosos, atos de incrível violência, ataques convulsivos⁴. E Altavilla observa que o alcoolismo exerce um trabalho progressivo de destruição dos poderes psíquicos, até reduzir o sujeito àquele estado de fraqueza próprio da demência⁵. Então, a embriaguez pode concorrer com uma doença mental ou perturbação da saúde mental, ou provocar uma anormalidade psíquica. Nos dois casos, se há exclusão da capacidade intelectu-

4. *Medicina legal*, Freitas Bastos, 1968, v. 1, p. 147.

5. *Psicologia judiciária*, v. 2, p. 62.

al ou volitiva, aplica-se o disposto no art. 26, *caput*; se há redução dessas capacidades, aplica-se o que se contém no art. 26, parágrafo único⁶.

Tratando-se de embriaguez preordenada, não há exclusão da imputabilidade. O agente responde pelo crime, incidindo sobre a pena uma circunstância agravante, prevista no art. 61, II, *l*, do CP.

6. Na *RT*, 411:102, há relato de um caso de embriaguez patológica.

V — DA SANÇÃO PENAL

Capítulo LI

DAS PENAS

1. CONCEITO, FINS E CARACTERES

Pena é a sanção afliitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos¹.

Apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal.

Tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção é:

- a) geral;
- b) especial.

Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes.

Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.

A pena, na reforma de 1984, passou a apresentar natureza mista: é retributiva e preventiva, conforme dispõe o art. 59, *caput*, do CP.

Gunther Jakobs e Enrique Bacigalupo são adeptos da teoria da prevenção geral positiva. César Roberto Bitencourt adverte que tal teoria possui

1. Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1970, v. 2, p. 342. Na edição de 1978 Soler alterou seu conceito de pena: “pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos” (p. 342). José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1956, v. 3, p. 103.

duplo aspecto: um fundamentador da noção ético-social do Direito Penal e outro limitador do poder estatal². Segundo André Estefam, que adere à teoria citada, a pena deve cumprir dupla função: inibir comportamentos antissociais e, ao mesmo tempo, moldar comportamentos socialmente aceitos; de modo que sua aplicação gera nos indivíduos o respeito e o temor respeitoso, no momento em que percebem que a violação da norma acarreta a efetiva aplicação da sanção — o que reforça a autoridade do Direito³.

São caracteres da pena:

a) é personalíssima, só atingindo o autor do crime (Const. Federal, art. 5.º, XLV);

b) a sua aplicação é disciplinada pela lei;

c) é inderrogável, no sentido da certeza de sua aplicação;

d) é proporcional ao crime⁴.

2. CLASSIFICAÇÃO

A doutrina classifica as penas em:

a) corporais;

b) privativas de liberdade;

c) restritivas de liberdade;

d) pecuniárias; e

e) privativas e restritivas de direitos.

A Const. Federal prevê as seguintes penas (art. 5.º, XLVI):

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa; e

e) suspensão ou interdição de direitos.

De acordo com o CP as penas classificam-se em:

a) privativas de liberdade;

2. *Tratado de direito penal*; parte geral, 13. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, v. 1, p. 96-101.

3. *Direito penal* 1; parte geral, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 189 — Coleção Curso & Concurso.

4. Antolisei, *Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal e Ángel Torio, Buenos Aires, UTEHA, 1956, p. 515 e 516.

b) restritivas de direitos; e

c) pecuniárias.

As penas privativas de liberdade são:

a) reclusão; e

b) detenção.

São penas restritivas de direitos:

a) prestação pecuniária;

b) perda de bens e valores;

c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

d) interdição temporária de direitos; e

e) limitação de fim de semana.

A Carta Magna proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, a de caráter perpétuo, a de trabalhos forçados, a de banimento e as cruéis (art. 5.º, XLVII).

3. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Há três sistemas penitenciários clássicos:

a) o de Filadélfia;

b) o de Auburn; e

c) o inglês ou progressivo.

De acordo com o sistema de Filadélfia, o sentenciado cumpre a pena na cela, sem sair, salvo em casos esporádicos.

No sistema de Auburn, durante o dia o sentenciado trabalha em silêncio junto com os outros, havendo isolamento durante a noite.

No sistema progressivo (ou inglês), há um período inicial de isolamento. Após, o sentenciado passa a trabalhar junto com os outros reclusos. Na última fase, é posto em liberdade condicional.

A reforma penal de 1984, tal como o fizera o CP de 1940, não adotou o sistema progressivo, mas *um* sistema progressivo (forma progressiva de execução), visando à ressocialização do criminoso. Assim, o art. 33, § 2.º, afirma que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado” (v. Lei de Execução Penal, art. 112).

No caso de iniciar o condenado o cumprimento da pena em regime fechado, há os seguintes estágios:

1.º) trabalho em comum no período diurno e isolamento noturno (art. 34, §§ 1.º a 3.º);

2.º) transferência para os regimes semiaberto e aberto, sucessivamente (arts. 33, § 2.º, e 40);

3.º) livramento condicional (art. 83).

Aplicam-se as mesmas regras ao regime semiaberto, excetuado o isolamento noturno (art. 35).

A Lei de Execução Penal adotou o sistema de remição, pelo qual “o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena” (arts. 126 a 130). De acordo com a Súmula 341 do STJ, “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

Capítulo LII

DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

1. REGIMES PENITENCIÁRIOS. RECLUSÃO E DETENÇÃO

O CP, no art. 33, *caput*, prevê três espécies de regimes penitenciários:

- 1.º) regime fechado;
- 2.º) regime semiaberto; e
- 3.º) regime aberto.

Considera-se regime fechado a execução da pena privativa de liberdade em estabelecimento de segurança máxima ou média (§ 1.º, *a*).

No regime semiaberto, a execução da pena se faz em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (al. *b*).

No regime aberto, a execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado (al. *c*).

As penas privativas de liberdade são duas (art. 33, *caput*):

- 1.ª) reclusão;
- 2.ª) detenção.

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime (art. 33, *caput*, 1.ª parte):

- 1.º) fechado; ou
- 2.º) semiaberto; ou
- 3.º) aberto.

A pena de detenção deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência para regime fechado (art. 33, *caput*, 2.ª parte).

A reclusão se diferencia da detenção não só quanto à espécie de regime como também em relação ao estabelecimento penal de execução (de

segurança máxima, média e mínima), à sequência de execução no concurso material (CP, art. 69, *caput*), à incapacidade para o exercício do poder familiar (art. 92, II), à medida de segurança (art. 97, *caput*), à fiança (CPP, art. 323, I) e à prisão preventiva (CPP, art. 313, I e II).

O juiz, na sentença condenatória, deve determinar a espécie de regime para início de cumprimento da pena, observadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (art. 33, § 3.º).

Em atenção a uma forma progressiva de execução, de acordo com o mérito do condenado, o início do cumprimento da pena se dará da seguinte forma, nos termos do art. 33, § 2.º, do CP:

1.º) o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado (al. *a*);

2.º) o não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto (al. *b*);

3.º) o não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (al. *c*).

Nas hipóteses *b* e *c*, o condenado reincidente inicia o cumprimento da pena em regime fechado. De ver que, no último caso, admite a jurisprudência aplique-se o regime inicial semiaberto: “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais” (Súmula 269 do STJ).

Nossos tribunais não admitem seja a gravidade abstrata do crime tomada como base para a escolha de regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade mais severo do que o admitido em lei. Nesse sentido: “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito” (Súmula 440 do STJ). Veja-se, também, a Súmula 718 do STF: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”; e a 719: “A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

A pena imposta por crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo deve ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072, de 25-7-1990, com redação dada pela Lei n. 11.464, de 28-3-2007), cabendo progressão de regime somente depois do cumprimento de dois quintos da pena (se primário o sentenciado) ou três quintos (se reincidente).

De acordo com o STF, por meio da Súmula Vinculante 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o

condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

2. REGRAS DO REGIME FECHADO

No início do cumprimento da pena em regime fechado, o condenado será submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução (art. 34, *caput*).

Fica sujeito a trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno (§ 1.º).

Dentro do estabelecimento, o trabalho será em comum, de acordo com as aptidões e ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena (§ 2.º).

É admissível o trabalho externo em serviços ou obras públicas (§ 3.º).

3. REGRAS DO REGIME SEMIABERTO

O condenado, no início do cumprimento da pena, pode também ser submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da execução. Embora o art. 35, *caput*, do CP, preveja a obrigatoriedade, de ver que o art. 8.º, parágrafo único, da LEP, fala em simples faculdade. Como as duas normas entraram em vigor na mesma data, diante do conflito, entendemos que deve prevalecer a que mais beneficia o condenado: trata-se, por isso, de simples faculdade do juiz.

Ele fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (§ 1.º).

É admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (§ 2.º).

4. REGRAS DO REGIME ABERTO

Baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36, *caput*).

Nele, o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (§ 1.º).

O condenado deverá ser transferido do regime aberto se cometer fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada (§ 2.º).

5. REGIME ESPECIAL

As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto nos arts. 33 a 36 e 38 a 42 do CP (art. 37).

6. DIREITOS E TRABALHO DO PRESO

Nos termos do art. 38 do CP, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

O trabalho do preso, de acordo com o art. 39 do CP, será remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

Os direitos do preso estão disciplinados nos arts. 40 a 43 da Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210, de 11-7-1984. O trabalho está regulado nos arts. 28 a 37 da mesma lei.

7. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL

O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado (CP, art. 41).

8. DETRAÇÃO PENAL

“Detrair” significa “abater o crédito de”. Detração penal é o cômputo na pena privativa de liberdade e na medida de segurança do tempo de prisão provisória ou administrativa e o de internação em hospital ou manicômio. O CP disciplina a detração penal no art. 42: “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior” (“hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado”).

A expressão “prisão provisória” refere-se às modalidades de prisão decretadas no curso do processo penal, cuja natureza, segundo orientação firme de nossos tribunais superiores, é medida cautelar. São suas espécies a prisão em flagrante (CPP, arts. 301 a 310), a preventiva (CPP, arts. 311 a 316) e a prisão temporária (Lei n. 7.960, de 21-12-1989). É preciso registrar que a Lei n. 11.719, de 20-6-2008, revogou o art. 594 do CPP, que dispunha sobre a prisão por sentença condenatória recorrível, e a Lei n. 11.689, de 9-6-2008, modificou a disciplina da prisão decretada em sede de pronúncia, agora regulada pelo disposto no art. 413, § 3.º, do CPP.

Suponha-se que o agente, preso em decorrência de flagrante ou prisão preventiva, permaneça no cárcere durante seis meses, vindo a ser irrecorriavelmente condenado a um ano de reclusão. Terá de cumprir apenas seis meses, computando-se na pena (de um ano de reclusão) os outros seis meses já cumpridos.

O art. 42 do CP não menciona o hospital comum. Por analogia, deve ser compreendido na disposição.

Para a aplicação do princípio da detração penal deve existir nexo de causalidade entre a prisão provisória (decorrente de flagrante ou preventiva, por exemplo) e a pena privativa de liberdade. Suponha-se que o sujeito se encontre processado em duas comarcas, estando preso preventivamente na primeira. Nesta, após permanecer preso durante três meses, é absolvido, sendo condenado no outro processo a três meses de detenção. O tempo de cumprimento de prisão preventiva no processo A, em que foi absolvido, pode ser computado na pena privativa de liberdade imposta na ação penal B? O CP vigente é omissivo. Entendemos que ao caso não pode ser aplicada a detração penal. Do contrário, estaria estabelecido o princípio da “conta-corrente”, ficando o réu absolvido com um crédito contra o Estado, a tornar impuníveis possíveis infrações posteriores. Havendo, porém, conexão formal entre os delitos, admite-se o benefício. Assim, quando os delitos estejam ligados pela continência ou conexão, reunidos num só processo ou em processos diversos (LEP, art. 111, *caput*, parte final). Suponha-se que o sujeito esteja sendo processado por dois crimes, homicídio e lesões corporais, encontrando-se preso preventivamente em consequência do delito mais grave. Tendo cumprido quatro meses de prisão preventiva, vem a ser absolvido em relação ao homicídio, e condenado pela lesão corporal a cinco meses de detenção. Os quatro meses de prisão preventiva devem ser computados na pena privativa de liberdade, restando o cumprimento de um mês de detenção. É também admissível a detração quando a pena em relação à qual se pretende seja ela observada advém de crime cometido antes do delito em decorrência do qual o réu ficou preso provisoriamente. Ex.: um sujeito, por

crime cometido em 1987, fica preso preventivamente durante algum tempo, vindo a ser absolvido. Ocorre que também estava sendo processado por delito praticado em 1986, vindo a ser condenado. Na pena imposta é possível detrair-se o tempo de prisão provisória.

O CPP também se refere à prisão administrativa, aplicável em casos específicos (art. 319). De ver que a jurisprudência firmou-se no sentido da não recepção do instituto da prisão administrativa pela Constituição Federal de 1988.

O CP admite a detração em relação à medida de segurança. Assim, o tempo de internação pode ser abatido do período de seu cumprimento.

9. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Cumpra mencionar que a LEP, em seu art. 52, institui o regime disciplinar diferenciado (RDD), que consiste na obrigação de o preso (definitivo ou provisório) ser recolhido em cela individual, limitando-se suas saídas diárias e visitas semanais. Aquelas poderão ter até duas horas para banho de sol e estas permitem até duas pessoas (sem contar crianças) e não poderão ultrapassar duas horas. A imposição desse regime depende de decisão do juiz das execuções penais e poderá ter lugar, de acordo com a norma legal, sempre que ocorrer “a prática de fato previsto como crime doloso”, que provoque “subversão da ordem ou disciplina internas”. Também ficam sujeitos ao regime o preso que apresentar “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” e aquele sobre o qual recaiam “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Capítulo LIII

DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

1. ALTERNATIVAS PENAIAS, PENAS ALTERNATIVAS E RESTRITIVAS DE DIREITOS

De acordo com o art. 43 do CP, as penas restritivas de direitos são:

- 1.^a) prestação pecuniária;
- 2.^a) perda de bens e valores;
- 3.^a) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- 4.^a) interdição temporária de direitos; e
- 5.^a) limitação de fim de semana.

As penas podem ser institucionais, semi-institucionais e não institucionais. As primeiras são as que se cumprem em estabelecimentos especialmente destinados a esse fim (penitenciárias, casas de internação etc.), como a reclusão, a detenção e a prisão simples. Semi-institucionais, as executadas parcialmente em estabelecimentos detentivos, como a limitação de fim de semana. Não institucionais, as que se executam em liberdade, sem vinculação com estabelecimentos prisionais. Ex.: a multa e a prestação de serviço à comunidade.

Alternativas penais, também chamadas substitutivos penais, são meios de que se vale o legislador visando impedir que ao autor de uma infração penal venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade. Exs.: a fiança, o *sursis*, a suspensão condicional do processo e o perdão judicial. São também denominadas “medidas alternativas” e “medidas não privativas de liberdade”. Podem atuar antes do julgamento, como, p. ex., a fiança, a liberdade provisória e a suspensão condicional do processo. Sua imposição é também possível na sentença condenatória (ex.: *sursis*). Por último, podem

atuar na fase da execução da pena (ex.: indulto). Outro exemplo encontra-se no art. 180 da LEP, que permite que a pena privativa de liberdade, na fase da execução, seja convertida em restritiva de direitos.

Penas alternativas são sanções de natureza criminal diversas da prisão, como a multa, a prestação de serviço à comunidade e as interdições temporárias de direitos, pertencendo ao gênero das alternativas penais.

As medidas alternativas podem ser classificadas em:

- 1.^a) restritivas de liberdade, como a limitação de fim de semana;
- 2.^a) restritivas de direitos, como as interdições provisórias de direitos;
- 3.^a) pecuniárias, como a multa e a prestação pecuniária; e
- 4.^a) de tratamento, como a “submissão a tratamento”, prevista no Projeto de Lei n. 2.684/96, do qual se originou a Lei n. 9.714, de 25-11-1998, que ampliou o rol de penas alternativas em nossa legislação. Nessa lei foi vetado o dispositivo que previa a submissão a tratamento como pena alternativa. As penas restritivas de direitos são espécies de penas alternativas.

Nem todas as penas previstas no art. 43 do CP são restritivas de direitos, como é o caso da perda de bens e valores, multa, prestação pecuniária e pena inominada. A prestação de serviço à comunidade e a limitação de fim de semana são restritivas da liberdade do condenado. Além disso, o arresto (limitação de fim de semana) pode ser considerado forma de cumprimento da pena privativa de liberdade e não uma alternativa. Melhor seria que o *nomen juris* do art. 43 do CP fosse “penas alternativas”.

Em regra, as penas restritivas de direitos são impostas na sentença condenatória. Excepcionalmente, o art. 180 da LEP, presentes certos requisitos, permite que, na fase de execução da pena privativa de liberdade, esta seja substituída pela restritiva de direitos. Algumas penas alternativas são aplicadas diretamente. É o caso da multa, quando abstratamente cominada na norma incriminadora. Outras só podem ser impostas por via oblíqua (substitutiva), como as restritivas de direitos. De ver que, por serem substitutivas, não deixam de ser alternativas.

Havia quatro penas alternativas no CP, com as alterações da reforma de 1984:

- 1.^a) multa (arts. 49 e s.);
- 2.^a) prestação de serviços à comunidade (primitivos arts. 43, I, e 46);
- 3.^a) limitação de fim de semana (primitivos arts. 43, III, e 48);
- 4.^a) interdições temporárias de direitos (primitivos arts. 43, II, e 47), desdobrando-se em proibição do exercício de cargo, função, profissão etc. e suspensão de autorização para dirigir veículo (art. 47, I a III).

As três últimas são denominadas restritivas de direitos (CP, art. 43).

O Projeto de Lei n. 2.684/96, elaborado e aprovado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária na sessão plenária de 29-10-1996, realizada em Curitiba, Paraná, elevava o número das penas alternativas para catorze, incluindo-se a multa e as já previstas em nossa legislação com a denominação “restritivas de direitos”. A Lei n. 9.714/98 vetou quatro penas alternativas previstas no Projeto de Lei (recolhimento domiciliar, advertência, submissão a tratamento e frequência a curso). A seguir, numa visão genérica e sucinta, apresentamos as dez penas alternativas cominadas na lei nova, algumas já contidas no estatuto penal, outras acrescidas.

O CP, com as alterações da Lei n. 9.714/98, passou a prever que são penas alternativas, algumas delas restritivas de direitos:

1.^a) *prestação pecuniária* (art. 43, I): consiste no pagamento à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz, não inferior a um nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos (art. 45, § 1.º);

2.^a) *perda de bens e valores* pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (art. 43, II), considerando-se o prejuízo causado pela infração penal ou o provento obtido pelo agente ou por terceiro (art. 45, § 3.º);

3.^a) *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas* (arts. 43, IV, e 46): atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, § 1.º) em entidades assistenciais, escolas, hospitais etc. (art. 46, § 2.º);

4.^a) *proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo* (CP, art. 47, I);

5.^a) *proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder Público* (art. 47, II);

6.^a) *suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo* (art. 47, III);

7.^a) *proibição de frequentar determinados lugares* (art. 47, IV);

8.^a) *limitação de fim de semana* (arts. 43, VI, e 48);

9.^a) *multa* (art. 44, § 2.º);

10.^a) *prestação inominada* (art. 45, § 2.º): em que o juiz, havendo aceitação do condenado, pode substituir a prestação pecuniária (arts. 43, I, e 45, § 1.º), que se cumpre com pagamento em dinheiro à vítima, por “prestação de outra natureza”.

2. NATUREZA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

As penas alternativas são autônomas (art. 44, *caput*), *i. e.*, não são acessórias, não dependendo da imposição da sanção detentiva (reclusão, detenção ou prisão simples). No CP de 1940 havia as penas acessórias, que dependiam da imposição das principais (reclusão, detenção e multa). Elas não podiam ser aplicadas diretamente pelo juiz, *i. e.*, sem as principais. Dessa forma, eram impostas juntamente com a reclusão, detenção ou multa. Na reforma de 1984, o legislador, no *caput* do art. 44, referiu-se à “autonomia”, no sentido de que as penas restritivas de direitos podem ser aplicadas isoladamente, de modo que a pena final pode ser uma alternativa: uma dentre as dez elencadas na reforma de 1998 (Lei n. 9.714, de 25-11-1998).

As penas alternativas são substitutivas. O juiz, em primeiro lugar, fixa a pena privativa de liberdade. Depois, a substitui por uma ou mais alternativas, se for o caso. Não podem ser aplicadas diretamente, nem cumuladas com as privativas de liberdade.

A substituição é obrigatória, se presentes as condições de admissibilidade. Não se trata de simples faculdade judicial.

São de execução condicional. Subordinam-se a seu efetivo cumprimento. Descumpridas, operam conversão em privação da liberdade, nos termos do art. 44, § 4.º, do CP. São aplicadas sob a condição de o condenado satisfazer a restrição imposta. Frustrada a confiança nele depositada por descumprimento injustificado, impõe-se o retorno à situação anterior à substituição, ensejando a execução da pena detentiva (princípio da espada de Dâmocles).

3. CONDIÇÕES

De acordo com o art. 44 do CP, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

a) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

b) o réu não for reincidente em crime doloso;

c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição é suficiente.

A aplicação de pena alternativa pressupõe requisitos de ordem objetiva (natureza do crime, forma de execução e quantidade da pena — CP, art. 44, I e § 2.º) e subjetiva (culpabilidade e circunstâncias judiciais — art. 44, II e III e § 3.º), atendida a prevenção especial (arts. 44, III, e 59, *caput*). Adotado pelo CP o sistema das penas substitutivas (sistema vicariante), as restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, observados os seguintes princípios e condições: 1.º) é necessário que a pena privativa de liberdade imposta na sentença pela prática de crime doloso não seja superior a quatro anos (art. 44, I); 2.º) cuidando-se de crime culposos, qualquer que seja a quantidade da pena detentiva, pode ser substituída por restritiva de direitos ou multa, desde que presentes as circunstâncias pessoais favoráveis (art. 44, I e § 2.º); 3.º) é necessário que o réu não seja reincidente em crime doloso (art. 44, II, observado o § 3.º); 4.º) exige-se que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a conveniência da substituição (art. 44, III). Essas condições, objetivas e subjetivas, devem existir simultaneamente.

As penas alternativas não são absolutamente incompatíveis com os delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos. São admissíveis em alguns casos. Ex.: tentativa de estupro de vulnerável (art. 217-A), imposta a pena mínima de dois anos e oito meses de reclusão. Creemos que não se apresentava como obstáculo o disposto no art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deveria ser executada integralmente em regime fechado. O mesmo raciocínio se aplica ao dispositivo em questão considerando sua redação vigente, dada pela Lei n. 11.464, de 28-3-2007, segundo a qual a pena para esses crimes há de ser cumprida em regime *inicialmente* fechado. Ocorre que as penas alternativas constituem medidas sancionatórias de natureza alternativa, não se relacionando com os regimes de execução. Assim, o juiz tem dois caminhos: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo, incide a Lei n. 8.072/90; se a substitui por pena alternativa, não se fala em regimes (fechado, semiaberto e aberto). Nesse detalhe, a Lei dos Crimes Hediondos disciplina a “execução da pena privativa de liberdade”, não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas. Importante registrar que esse entendimento não se aplica aos crimes de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343, de 23-8-2006), o fabrico, aquisição, utilização etc. de objeto destinado ao preparo, produção ou transformação de drogas (art. 34 da Lei), a associação para tráfico de drogas (art. 35 da Lei), o financiamento ou custeio de tráfico de drogas (art. 36 da Lei) e a colaboração como informante para grupos, organizações ou associações destinadas a tráfico de drogas (art. 37 da Lei). Nesses casos, há expressa

vedação de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (v. arts. 33, § 4º, e 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006).

É necessário que o sujeito não seja reincidente em crime doloso, observado o disposto no art. 64, I, do CP: “Para efeito de reincidência: I — não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

O texto não trata de qualquer reincidente. Refere-se ao não reincidente em crime “doloso”, de modo que não há impedimento à aplicação de pena alternativa quando: a) os dois delitos são culposos; b) o anterior é culposos e o posterior doloso; c) o anterior é doloso e o posterior culposos. Quanto aos delitos preterdolosos, há impedimento, tendo em vista que nessa espécie o *primum delictum* é doloso.

A reincidência, no sistema da Lei n. 9.714/98, não constitui obstáculo absoluto à imposição das penas alternativas (art. 44, § 3.º). Reincidente o condenado, ainda que em crime doloso, incide o § 3.º do art. 44. A reincidência que proíbe de forma absoluta a substituição é a que ocorre com a “prática do mesmo crime” doloso (§ 3.º, *in fine*), *i.e.*, a “específica”, outra vez ressuscitada, embora sem esse *nomen juris*. Conforme o caso, tratando-se da “genérica”, desde que, em face da condenação anterior, a aplicação da pena alternativa “seja socialmente recomendável”, não fica impedida a substituição (art. 44, § 3.º). A inovação atende a sugestão da doutrina de mais de cinquenta anos, no sentido de que a recidiva nem sempre configura circunstância de maior temibilidade ou de culpabilidade, fator de exasperação da pena ou de impedimento de benefícios ou do exercício de direitos. Muitas vezes os crimes constituem fatos isolados na vida do cidadão e não circunstâncias de maior censurabilidade, aconselhando faculdade e não obrigatoriedade no reconhecimento de seus efeitos.

“Mesmo crime”, nos termos do § 3.º do art. 44, é o que apresenta as mesmas elementares, sejam os tipos simples, privilegiados ou qualificados, tentados ou consumados.

É necessário que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a suficiência da substituição. São as mesmas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (objetivas e subjetivas), excepcionando o comportamento da vítima e as consequências do delito, que não podem ser considerados no critério de “suficiência”.

4. MULTA SUBSTITUTIVA: CONDENAÇÃO A PENA IGUAL OU INFERIOR A UM ANO

A multa pode ser abstratamente imposta no tipo incriminador como pena comum (CP, art. 58, *caput*) ou substitutiva (CP, arts. 44, § 2.º, e 58,

parágrafo único). Tratando-se de condenação a pena igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. A substituição é aplicável à legislação especial. Não procede o argumento de que a norma do art. 44, § 2.º, do CP é geral, inaplicável à lei especial, que determina princípio diverso. Ocorre que o legislador da norma genérica, quando pretende excepcionar um caso da legislação especial, o faz expressamente, como no art. 45, § 3.º, do CP, com redação da Lei n. 9.714/98.

Cremos que o § 2.º do art. 60 do CP foi revogado pelo § 2.º do art. 44, com redação da lei nova. Agora, a multa substitutiva pode ser aplicada quando a pena privativa de liberdade imposta na sentença é igual ou inferior a um ano. No dispositivo revogado era admissível a substituição em relação a pena detentiva de até seis meses.

5. CONVERSÃO DA PENA ALTERNATIVA EM PRIVATIVA DE LIBERDADE

A conversão pode ser obrigatória ou facultativa. A conversão é obrigatória nos casos de descumprimento da restrição (art. 44, § 4.º) e impossibilidade da conversão em face de nova condenação (art. 44, § 5.º). Facultativa na hipótese de possibilidade de conversão (art. 44, § 5.º).

A primeira causa de conversão ocorre em face do descumprimento injustificado da restrição imposta (§ 4.º). Trata-se de um condicionamento positivo. Na hipótese, o apenado deve cumprir a restrição imposta na sentença (“não será executada a pena privativa de liberdade se fizeres tais e tais coisas”). A conversão ocorre em relação às penas alternativas previstas nos arts. 43 a 48 do CP, desde que admitam a transmutação. Não alcança a pena de multa. Quanto a esta, de lembrar que os arts. 51 do CP e 182 da LEP, que admitiam a conversão da multa em detenção, foram revogados pela Lei n. 9.268, de 1.º-4-1996. Assim, o não pagamento da multa não permite a conversão em pena privativa de liberdade. Note-se que o § 4.º do art. 44 menciona “descumprimento injustificado da *restrição* imposta”, referindo-se, embora com redação tecnicamente imperfeita, ao objeto da pena alternativa (ressalte nosso). Observe-se que o estatuto está disciplinando as penas *restritivas* de direitos. A multa é pena pecuniária. Nela não há restrição de direitos. Em face de seu não pagamento, incide o art. 51 do CP: o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução passa a apresentar caráter extrapenal, a ser promovida pela Fazenda Pública. A multa permanece com sua natureza penal, subsistindo os efeitos penais da sentença condenatória que a impôs. A execução

é que se procede em termos extrapenais. Em face disso, a obrigação de seu pagamento não se transmite aos herdeiros do condenado.

Na legislação revogada, as sanções restritivas de direitos, ocorrendo motivo, convertiam-se em privação da liberdade “pelo tempo da pena aplicada” (antigo art. 45, *caput*, do CP), *i. e.*, pela quantidade da pena de prisão imposta na sentença condenatória, sem desconto do período cumprido, o que sempre se mostrou injusto. Fazia-se a conversão pelo total da pena original. Suponha-se que, aplicada a pena de quatro meses de detenção, fosse substituída por uma restritiva de direitos. Não cumprida e operada a conversão, o condenado tinha de cumprir os quatro meses de privação de liberdade, sendo proibida a detração. A lei nova adotou acertadamente o princípio da detração penal, mas incorreu em erro ao limitar o *quantum* mínimo da dedução.

Na pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. A limitação ao saldo mínimo de trinta dias de prisão é injusto. Suponha-se que o condenado a três meses de pena alternativa cumpra somente dois meses e vinte dias. Embora tenha débito de dez dias, a lei lhe impõe, no caso, trinta, desprezando a detração penal pelo débito real. Pelo descumprimento, a lei determina a execução genérica de trinta dias de reclusão ou detenção, superior à pena mínima cominada a muitas infrações penais. Deixar de cumprir pena passou a ser fato mais grave do que muitas contravenções.

O segundo caso de conversão ocorre quando, durante o cumprimento da pena restritiva de direitos, o sujeito vem a ser condenado, irrecorrivelmente, pela prática de crime, a pena privativa de liberdade (art. 44, § 5.º). Trata-se de condicionamento negativo. O apenado fica sujeito a determinadas restrições e à condição de não praticar nova infração penal (“não será executada a pena privativa de liberdade se não fizeres tais e tais coisas”). A conversão é facultativa: se, durante a execução de pena alternativa, nas modalidades restritivas de direitos, sobrevier condenação a pena privativa de liberdade por outro crime, o juiz da execução penal deverá decidir sobre a conversão em privação da liberdade, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. A conversão é facultativa e não obrigatória, de acordo com duas regras consideradas em face da natureza da pena alternativa anterior:

1.^a) compatibilidade entre as duas penas: não há conversão. Ex.: prestação pecuniária (CP, arts. 43, I, e 45, § 1.º). O condenado, não obstante a pena detentiva posterior, não está impedido de continuar pagando as prestações;

2.^a) incompatibilidade entre as penas: há conversão. Ex.: limitação de fim de semana (CP, arts. 43, VI, e 48). Condenado pelo segundo delito a privação de liberdade, o condenado não pode, ao mesmo tempo, continuar cumprindo a pena anterior de limitação de fim de semana.

A causa de conversão é uma sentença condenatória irrecorrível, de modo que a simples condenação sujeita a recurso não tem efeito conversivo. Não importa o tempo da prática do crime motivador da conversão, podendo ter sido cometido antes ou durante o cumprimento da pena restritiva de direitos.

6. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E PRESTAÇÃO INOMINADA

A prestação pecuniária, nos termos dos arts. 43, I, e 45, § 1.º, do CP, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social de importância fixada pelo juiz. Não pode ser inferior a um nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

De acordo com o § 2.º do art. 45, o juiz pode substituir a pena de prestação pecuniária, presentes certas circunstâncias, por “prestação de outra natureza” (pena alternativa inominada). Significa que a pena alternativa, aplicada no lugar da privativa de liberdade, pode ser substituída por uma terceira, a “prestação de outra natureza”.

Embora substitua a pena de prestação pecuniária, cremos que a pena inominada não precisa guardar natureza “pecuniária”. Não se trata de interpretação analógica, em que a disposição apresenta um rol meramente exemplificativo seguido de uma fórmula genérica (ex.: crime continuado do art. 71 do CP). No § 2.º do art. 45, o legislador fala em prestação de “outra natureza”. Para nós, de qualquer natureza, pecuniária ou obrigação de fazer. Tanto que a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 2.684/96, elaborada pelo então Ministro da Justiça Nélson Jobim, deu como exemplo os casos de “mão de obra” (obrigação de fazer) e “doação de cestas básicas”.

A disposição do § 2.º do art. 45 do CP, com redação da Lei n. 9.714/98, está destinada a causar polêmica, uma vez que, ao permitir ao juiz a imposição de resposta criminal preventiva não *especificamente* cominada na lei, prevê uma “pena inominada”, contrariando o princípio da legalidade ou da reserva legal (Const. Federal, art. 5.º, XXXIX; CP, art. 1.º: não há pena sem lei que a comine). O princípio da legalidade exige que o preceito secundário da norma incriminadora, que impõe abstratamente a pena, seja

claro, certo e preciso. O CP, ao impor como pena a “prestação de outra natureza”, comina sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto. Assim agindo, o legislador trouxe incerteza ao aplicador da lei, ensejando dúvida a respeito do verdadeiro conteúdo da resposta penal. O dispositivo, contudo, encontra-se em consonância com as Regras de Tóquio, que recomendam ao juiz, depois de arrolar dezesseis medidas penais alternativas (*non-custodial measures*), a aplicação, se necessário e conveniente, de “qualquer outra medida que não envolva detenção pessoal”. Medida liberal, corresponde, entretanto, ao ideal de justiça, pela qual ao juiz, nas infrações de menor gravidade lesiva cometidas por acusados não perigosos, atribuir-se-ia o poder de aplicar *qualquer pena*, respeitados os princípios da segurança social e da dignidade, desde que adequada ao fato e às condições pessoais do delinquente.

7. PERDA DE BENS E VALORES

De acordo com o art. 45, § 3.º, do CP, a perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto — o que for maior — o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Cuida-se de perda de bens e valores pertencentes ao condenado, encontrando-se prevista como pena criminal na Const. Federal (art. 5.º, XLVI, b). Os bens destinam-se ao Fundo Penitenciário Nacional. A lei excepciona a “legislação especial”, de modo que o produto da perda de bens e valores, em regra, destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional e, excepcionalmente, de acordo com a legislação especial, a outras entidades e fins. Ex.: o art. 243 da Const. Federal prevê expropriação de glebas destinadas a cultivo de drogas, que devem ser revertidas no assentamento de colonos, para cultivo de produtos alimentícios, ou destinadas a entidades assistenciais.

No cálculo, considera-se o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo autor do fato ou terceiro. E se houver diferença entre o prejuízo da vítima e o montante do proveito obtido pelo sujeito? Ex.: crime de estelionato. Considera-se o maior.

8. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE

A disciplina da pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade encontra-se no art. 46 do CP, com redação da Lei n. 9.714/98:

“A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.

§ 1.º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2.º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3.º As tarefas a que se refere o § 1.º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4.º Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada”.

É aplicável nos casos de penas superiores a seis meses de privação da liberdade e consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. O serviço deve ser prestado em entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. As aptidões do condenado devem ser consideradas pelo juiz na escolha da natureza do serviço. Na fixação da pena, atende-se a uma hora de tarefa por dia de condenação, considerada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do apenado. Convém ao juiz, na fixação da quantidade da pena privativa de liberdade a ser substituída por alternativa, fazê-lo a final, em dias e não em meses, para evitar dúvidas. Assim, p. ex., após condenar o réu a oito meses de detenção, substituídos por prestação de serviço à comunidade, é prudente que esclareça a quantos dias correspondem (240 dias), permitindo facilidade na fixação do número de horas de trabalho (240 horas). Sugestão: “... condeno fulano de tal a 8 (oito) meses de detenção, equivalentes a 240 (duzentos e quarenta) dias...”.

A lei nova faculta ao condenado a prestação de serviço à comunidade superior a um ano (e até 4) cumpri-la em menor tempo, nunca inferior à metade da quantidade da pena substituída (art. 46, § 4.º). Ex.: réu condenado a dois anos pode prestar serviço à comunidade em um ano, resgatando a pena. O dispositivo é injusto para quem for condenado a pena entre seis meses e um dia (mínimo permitido) e um ano, que a terá de cumprir por inteiro. Ex.: dois réus: um é condenado a um ano; outro, a um ano e um dia. Este cumprirá somente seis meses; aquele, um ano inteiro. Solução: conceder o benefício legal a quem é condenado a pena entre seis meses e um ano de prestação de serviço à comunidade.

9. INTERDIÇÕES TEMPORÁRIAS DE DIREITOS

De acordo com o art. 47 do CP, são interdições temporárias de direitos:

I — proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II — proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III — suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;

IV — proibição de frequentar determinados lugares”.

A proibição do exercício do cargo não se confunde com a perda de função pública, cargo etc., que constitui efeito específico da condenação (CP, art. 92, I).

Essas penas restritivas de direitos devem ser individualizadas, procurando o juiz adequá-las ao fato e às condições do condenado. Aplicam-se na sentença condenatória.

A proibição de frequência a determinados lugares (inc. IV) deve ser imposta considerando o local do cometimento do crime (bares, estádios esportivos, casas de prostituição, boates etc.). A sentença deve especificar qual o lugar ou lugares proibidos. Pode ser mais de um.

10. LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA

A limitação de fim de semana, diz o art. 48, *caput*, do CP, consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Durante essa permanência, diz o parágrafo único, poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Quando não for possível, pelas condições materiais da Comarca, a execução da pena de limitação de fim de semana, o juiz deverá proceder à concessão do *sursis* (Lei n. 7.209, de 11-7-1984, que instituiu a nova Parte Geral do CP, art. 3.º, parágrafo único).

A execução da limitação de fim de semana faz-se nos termos da LEP (arts. 151 a 153).

Capítulo LIV

DA PENA DE MULTA

1. CRITÉRIOS DE COMINAÇÃO

Vários são os critérios apontados para a cominação da pena de multa pelos Códigos Penais:

a) parte alíquota do patrimônio do agente: leva em conta o patrimônio do réu — estabelece uma porcentagem sobre os bens do condenado;

b) renda: a multa deve ser proporcional à renda do condenado;

c) dia-multa: leva em conta o rendimento do condenado durante um mês ou um ano, dividindo-se o montante por 30 ou 365 dias; o resultado equivale ao dia-multa;

d) cominação abstrata da multa: deixa ao legislador a fixação do mínimo e do máximo da pena pecuniária.

O CP vigente adotou o sistema do dia-multa (art. 49, *caput*).

2. FIXAÇÃO DA MULTA

Antigamente, a pena de multa consistia no pagamento, em selo penitenciário, da quantia fixada na sentença (CP de 1940, art. 35). Atualmente, não existindo mais selo penitenciário, a quantia da pena de multa é recolhida por guia ao fundo penitenciário, nos termos do art. 49, *caput*, do CP (Dec.-lei n. 34, de 18-11-1966, art. 14, IV, e § 1.º).

A quantidade dos dias-multa não é cominada pela norma penal incriminadora, que só faz referência a multa. Deve ser fixada pelo juiz, variando de, no mínimo, dez dias-multa a, no máximo, trezentos e sessenta dias-multa (art. 49, *caput*).

O valor do dia-multa deve ser também fixado pelo juiz na sentença, não podendo ser inferior a um trigésimo do salário mínimo mensal de referência vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (art. 49, § 1.º).

3. PAGAMENTO DA MULTA

a) Observação

A Lei n. 9.268, de 1.º-4-1996, que alterou dispositivos da Parte Geral do CP, deu nova redação ao art. 51 do mesmo Código: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

Essa disposição vem causando dúvida de interpretação quanto ao pagamento da multa. Por isso, estamos mantendo a interpretação que fazíamos a respeito da legislação anterior, seguida da nossa posição sobre a inovação legal.

b) Legislação anterior

A multa deve ser paga dentro de dez dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 50). Passado o prazo, nos termos do art. 164, *caput*, da Lei de Execução Penal, extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o seu valor ou nomear bens à penhora. Não efetuado o pagamento no prazo legal, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução (§ 1.º). A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil (§ 2.º). Recaindo a penhora em bem imóvel, os autos apartados serão remetidos ao juízo cível para prosseguimento (Lei de Execução Penal, art. 165). Recaindo em outros bens, dar-se-á prosseguimento nos termos do § 2.º do art. 164 da Lei de Execução Penal (art. 166). Será suspensa a execução, entretanto, quando sobrevier ao condenado doença mental (Lei de Execução Penal, art. 167). A requerimento do condenado, contudo, e conforme as circunstâncias do caso, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais (CP, art. 50).

O pedido deve ser feito dentro dos dez dias que o condenado tem para efetuar o pagamento (LEP, art. 169, *caput*). O juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do conde-

nado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações, que serão iguais e sucessivas (§ 1.º). Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, revogará o benefício, executando-se a multa (§ 2.º).

A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto do vencimento ou salário do condenado em três casos (art. 50, § 1.º):

- 1.º) quando aplicada isoladamente;
- 2.º) quando imposta cumulativamente com pena restritiva de direitos; e
- 3.º) quando concedido o *sursis*.

Nas três hipóteses, deve ser observado o seguinte (Lei de Execução Penal, art. 168):

- 1.º) o limite máximo do desconto mensal será a quarta parte da remuneração, e o mínimo, um décimo;
- 2.º) o desconto será feito mediante ordem do juiz a quem de direito;
- 3.º) o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo juiz, a importância determinada.

Em qualquer caso, o desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família (CP, art. 50, § 2.º).

c) Lei n. 9.268/96

Nos termos da Lei n. 9.268, de 1.º-4-1996, que alterou a redação do art. 51 do estatuto penal, transitada em julgado a sentença condenatória, o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e s. da Lei de Execução Penal. Devendo ser promovida pela Fazenda Pública, deixa de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal. Note-se que a multa permanece com sua natureza penal, subsistindo os efeitos penais da sentença condenatória que a impôs. A execução é que se procede em termos extrapenais. Em face disso, a obrigação de seu pagamento não se transmite aos herdeiros do condenado.

As causas suspensivas e interruptivas da prescrição referidas na redação atual do art. 51 não são as do CP (arts. 116, parágrafo único, e 117, V e VI), mas sim as da legislação tributária. Legislação tributária referida na disposição: Lei n. 6.830/80 e CTN. Prazo prescricional: 5 anos (art. 144, *caput*, do CTN). Causas suspensivas: arts. 151 do CTN, e 2.º, § 3.º, e 40 da Lei n. 6.830/80. Causas interruptivas: art. 174 do CTN.

4. PROIBIÇÃO DE CONVERSÃO DA MULTA EM DETENÇÃO

O CP permitia a conversão da multa em detenção na hipótese de inadimplemento pelo condenado solvente ou frustrador da execução (CP, art. 51, *caput* e parágrafos; LEP, art. 182). De acordo com a Lei n. 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51 do CP e revogou seus parágrafos, fica proibida a conversão da pena de multa em detenção. Já havíamos sugerido a extinção da conversão, como ocorre no Canadá e em outros países¹. Fundamento: o não pagamento da multa atuava, muitas vezes, como fato mais grave do que o delito cometido pelo condenado. Em alguns casos, para o crime a multa era suficiente; para o inadimplemento, impunha-se resposta penal de maior gravidade, qual seja, a pena privativa de liberdade.

1. Damásio E. de Jesus, Diagnóstico da legislação criminal brasileira: crítica e sugestões, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 12:113, out./dez. 1995; *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, São Paulo, Sarai-va, 1995, p. 21, 23, n. 11, e 85, nota ao art. 85.

Capítulo LV

DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

1. INTRODUÇÃO

As penas e as medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal. Enquanto a pena é retributiva-preventiva, tendendo hoje a readaptar à sociedade o delinquente, a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais.

As medidas de segurança diferem das penas nos seguintes pontos:

a) as penas têm natureza retributivo-preventiva; as medidas de segurança são preventivas;

b) as penas são proporcionais à gravidade da infração; a proporcionalidade das medidas de segurança fundamenta-se na periculosidade do sujeito;

c) as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social); as medidas de segurança, pelo juízo de periculosidade;

d) as penas são fixas; as medidas de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito;

e) as penas são aplicáveis aos imputáveis e aos semirresponsáveis; as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos absolutamente imputáveis.

A reforma penal de 1984 extinguiu a imposição das medidas de segurança aos sujeitos imputáveis.

2. CONCEITO DE PERICULOSIDADE

Periculosidade “é a potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade

que um homem tem para converter-se em causa de ações danosas”¹.

Como explicam José F. Argibay Molina e outros, o condicionamento total de fatores individuais e sociais num homem e num dado momento de sua vida permitem extrair, como conclusão, um “juízo de probabilidade” de que chegue a ser autor de crime, ou de uma conduta que, sem ser delito, possa causar danos a terceiros ou a si próprio². Não se trata de fatores, externos e internos, que indiquem a *possibilidade* de o sujeito vir ou tornar a delinquir. Cuida-se de *probabilidade* de delinquir, “estado de desajustamento social do homem, de máxima gravidade, resultante de uma maneira de ser particular do indivíduo, congênita ou gerada pela pressão de condições desfavoráveis do meio”, manifestando, “nos casos extremos, uma criminalidade latente à espera da circunstância externa do momento para exprimir-se no ato de delinquir”³.

3. FATORES E INDÍCIOS DE PERICULOSIDADE

A verificação da periculosidade se faz por intermédio de um juízo sobre o futuro, ao contrário do juízo de culpabilidade, que se projeta sobre o passado.

Nessa verificação, o juiz vale-se de fatores (ou elementos) e indícios (ou sintomas) do estado perigoso.

“Fatores da periculosidade são os elementos que, atuando sobre o indivíduo, o transformam nesse ser com probabilidade de delinquir”, de ordem externa ou interna, referentes às condições físicas individuais, morais e culturais, condições físicas do ambiente, de vida familiar ou de vida social⁴, reveladores de sua personalidade. Ao lado dos fatores, há os sintomas de periculosidade, que são os antecedentes criminais, civis ou administrativos, os motivos determinantes da prática delituosa e suas circunstâncias (natureza, modo de realização do tipo, meios empregados, objeto material, momento da prática, lugar, consequência etc.). Há certos dados, explica José Frederico Marques, que funcionam como fatores e sintomas, como as condições de vida e o caráter⁵.

1. Soler, *Exposición y crítica del estado peligroso*, 2. ed., Buenos Aires, p. 21.

2. *Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1972, v. 2, p. 301, n. 182.

3. Aníbal Bruno, *Direito penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 3, p. 289.

4. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1956, v. 3, p. 80, n. 3 (o autor cita Petrocelli: *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, 1940, p. 47).

5. Idem.

4. PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO

A aplicação da medida de segurança pressupõe:

- 1.º) a prática de fato descrito como crime; e
- 2.º) a periculosidade do sujeito.

Tratando-se de agente semirresponsável (CP, art. 26, parágrafo único), não é suficiente que tenha cometido um fato típico. É necessário que seja também antijurídico; e ele, culpado. Faltando os requisitos da tipicidade ou da ilicitude do fato ou a culpabilidade do sujeito, não se impõe medida de segurança.

O segundo pressuposto é a periculosidade do agente.

Não se impõe medida de segurança aos autores do crime impossível (CP, art. 17) e da participação impunível (art. 31), ao contrário da legislação anterior.

5. PERICULOSIDADE REAL E PRESUMIDA

Fala-se em periculosidade real quando ela deve ser verificada pelo juiz. Cuida-se de periculosidade presumida nos casos em que a lei a presume, independentemente da periculosidade real do sujeito.

A reforma penal de 1984 presume a periculosidade dos inimputáveis (CP, art. 97). No caso dos semirresponsáveis (CP, art. 26, parágrafo único), cuida-se de periculosidade real.

6. ESPÉCIES

A nova Parte Geral do CP somente permite a imposição de medidas de segurança aos inimputáveis e aos semirresponsáveis. Extinguiu, como ficou consignado, as medidas de segurança para os sujeitos imputáveis.

Há duas espécies de medidas de segurança:

- 1.ª) detentiva;
- 2.ª) restritiva.

A primeira consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado (CP, art. 96, I).

A segunda consiste em sujeição a tratamento ambulatorial (inc. II).

A execução está prevista na Lei de Execução Penal (arts. 171 e s.).

7. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA AO INIMPUTÁVEL

Tratando-se de inimputável (salvo a menoridade penal), não se aplica medida de segurança se o fato se encontra acobertado por causa de exclusão da antijuridicidade. A ausência da culpabilidade, porém, não impede a aplicação, pois ela é substituída pelo juízo de periculosidade.

Nos termos do art. 97, *caput*, do CP, se o agente for inimputável (CP, art. 26, *caput*), o juiz, absolvendo-o, determinará sua internação (periculosidade presumida). Se, contudo, a pena abstrata prevista para o crime por ele cometido for de detenção, poderá submetê-lo a medida de segurança restritiva e não detentiva, que é a sujeição a tratamento ambulatorial (art. 97, *caput*, 2.^a parte).

O prazo da internação ou do tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo será de um a três anos (§ 1.º).

A perícia médica realizar-se-á ao término do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução (§ 2.º).

A desinternação ou a liberação será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o sujeito, antes do decurso de um ano, vier a cometer fato indicativo da persistência de periculosidade (§ 3.º).

Durante o tratamento ambulatorial, em qualquer fase, o juiz poderá determinar a internação do agente, se necessária para fins curativos (§ 4.º).

8. SISTEMA VICARIANTE

Se o agente for semirresponsável, nos termos do parágrafo único do art. 26 do CP, e tiver cometido um fato típico e antijurídico, deverá ser aplicado o sistema vicariante: pena reduzida ou medida de segurança (CP, art. 98). Foi, assim, extinto o sistema do duplo binário, que determinava a aplicação cumulativa e sucessiva de pena e medida de segurança. No regime novo, o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, deve impor ao condenado só pena (reduzida) ou medida de segurança (a sentença é condenatória). Imposta esta, deve ser executada como se o sujeito fosse inimputável.

Dessa forma, desde que o sujeito semirresponsável necessite de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade deve ser substituída pela medida de segurança detentiva (internação) ou restritiva (tratamento

ambulatorial), pelo prazo mínimo de um a três anos, aplicando-se as regras do art. 97 e seus parágrafos.

9. DIREITOS DO INTERNADO

De acordo com o art. 99 do CP, o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.

10. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Extinta a punibilidade (art. 107), não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta (art. 96, parágrafo único). A extinção da punibilidade pode ocorrer antes ou depois da sentença irrecorrível. Nos dois casos, não é aconselhável a imposição ou execução da medida de segurança. Se o Estado não tem mais o direito de punir, não podendo impor a pena, com mais razão não deve impor ou executar a medida de segurança.

Capítulo LVI

DAS CIRCUNSTÂNCIAS

1. CIRCUNSTÂNCIAS E ELEMENTARES DO CRIME

Vimos que o crime possui dois requisitos:

- a) fato típico e
- b) antijuridicidade.

Ao lado deles fala-se em elementos específicos, que são as várias formas pelas quais aqueles elementos genéricos se expressam nos diversos tipos penais. São as elementares.

Circunstância deriva de *circum stare*, “estar em redor”. Tratando-se de crime, circunstância é todo fato ou dado que se encontra em redor do delito. É um dado eventual, que pode existir ou não, sem que o crime seja excluído.

Tomando, p. ex., o crime de homicídio, as elementares estão contidas na definição “matar alguém”. As expressões *matar* e *alguém* constituem elementos ou elementares do crime. No furto, as elementares se encontram na descrição “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”.

Ao lado dos elementos que compõem o crime, podem concorrer certos dados ou fatos, de natureza objetiva ou subjetiva, com função específica de aumentar ou diminuir a pena. Não incidem sobre a qualidade do crime, mas sobre a quantidade da pena. São as circunstâncias. Ex.: *motivo de relevante valor moral ou social* no homicídio (art. 121, § 1.º); ter sido a violação de domicílio cometida *à noite* (art. 150, § 1.º); o *repouso noturno* no furto (art. 155, § 1.º); o *emprego de arma* no crime de extorsão (art. 158, § 1.º); o resultado *morte* na extorsão mediante sequestro (art. 159, § 3.º); a *violência física* no crime de dano (art. 163, parágrafo único, I, 1.ª figura); o *prejuízo de entidade de direito público* no estelionato (art. 171, § 3.º).

Como fazer para distinguir uma elementar de uma circunstância?

O critério é de exclusão, de acordo com dois princípios:

1.º princípio: quando, diante da figura típica, excluindo-se determinado elemento, o crime desaparece ou surge outro, estamos em face de uma elementar. Vimos que os elementos do tipo podem ser objetivos, subjetivos e normativos. Assim, em face do tipo penal, podemos excluir um desses elementos. Se a figura típica desaparece ou surge outra, o dado referido (objetivo, subjetivo ou normativo) constitui elementar do crime. Vê-se que a ausência da elementar causa dois efeitos:

a) atipicidade absoluta;

b) atipicidade relativa.

No primeiro caso, a ausência da elementar exclui o crime de que se trata e qualquer outra infração penal (atipicidade absoluta). Ex.: no crime de prevaricação (art. 319), excluída a qualidade de funcionário público do autor, desaparece o delito de que se trata e não surge outra infração penal. O sujeito não responde por crime algum. Logo, a qualidade de funcionário público constitui elementar do delito.

No segundo caso, a ausência da elementar exclui o crime considerado, operando-se desclassificação para outro delito (atipicidade relativa). Ex.: no crime de peculato (art. 312), excluída a qualidade de funcionário público do autor, desaparece o delito considerado, surgindo a apropriação indébita (art. 168). Logo, a qualidade de funcionário público constitui elementar do crime de peculato.

2.º princípio: quando, excluindo-se certo dado, não desaparece o crime considerado, não surgindo outro, estamos em face de uma circunstância. Se esta tem função de aumentar ou de diminuir a pena, a sua ausência não exclui o delito nem faz surgir outro, permanecendo o crime considerado em sua forma fundamental. Suponha-se um crime de homicídio praticado por motivo de relevante valor moral (art. 121, § 1.º). Excluindo-se o motivo, o tipo permanece em sua forma fundamental (art. 121, *caput*): o crime não desaparece, não subsistindo figura criminal com outro *nomen juris*.

Se tirarmos a cabeça de um homem, a vítima não subsiste como pessoa humana. Assim, a cabeça é elemento do homem. Se tirarmos, porém, a sua vestimenta, ela subsiste como homem. Logo, a vestimenta constitui uma circunstância da pessoa humana. Ocorre o mesmo com o crime: possui elementares e circunstâncias. Daí ter afirmado Esmeraldino Bandeira que os elementos apresentam o crime despido, e as circunstâncias o mostram vestido¹. Suponha-se o seguinte fato: “Pedro matou Antônio”. Não se apre-

1. *Tratado de direito penal militar brasileiro*, 1925, p. 396.

sentando causa de exclusão da antijuridicidade, temos um crime de homicídio sem circunstâncias (despido). Suponha-se agora o seguinte fato: “Por volta das 20h de 3 de agosto de 1973, no interior do bar localizado à Rua Batista de Carvalho, número tal, em São Paulo, Pedro de tal, em face de haver sido injuriado por Antônio, dias antes, matou-o por meio de estrangulamento”. Não se apresentando causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, temos um crime de homicídio em que o fato mostra várias circunstâncias (de tempo, lugar, motivo e de meio de execução). Excluindo-se qualquer das circunstâncias, não desaparece o crime de homicídio nem surge outra figura típica. Logo, os dados referentes ao tempo, lugar, maneira de execução etc. são circunstâncias do crime.

Exs.:

a) Excluindo-se o repouso noturno, não desaparece o crime de furto, que permanece em sua forma simples. Logo, o repouso noturno é circunstância do furto (art. 155, § 1.º).

b) Excluindo-se a fraude do furto, não desaparece o delito nem surge outra figura, permanecendo o tipo simples (art. 155, § 4.º, II, 2.ª figura).

c) Excluindo-se o emprego de arma na execução do crime de extorsão, não desaparece o delito nem surge outro, subsistindo a figura típica fundamental (art. 158, § 1.º, 2.ª figura).

As circunstâncias são determinados dados acessórios que, agregados à figura típica fundamental, aumentam ou diminuem a pena. No crime de homicídio, o motivo de relevante valor moral diminui a sanção (art. 121, § 1.º), enquanto o motivo fútil a agrava (art. 121, § 2.º, II). Ambos são circunstâncias, uma vez que, ausentes, permanece o tipo simples (art. 121, *caput*). São *accidentalia delicti* e não *essentialia delicti*.

2. POSIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA TEORIA DO CRIME E DA SANÇÃO PENAL

As circunstâncias colocam-se entre o crime e a pena, permitindo a graduação desta. Não pertencem exclusivamente à teoria do crime nem à teoria da pena. Constituem dados de ligação entre um e outra, permitindo melhor individualização da sanção penal. Assim, o nosso CP as inseriu no capítulo da aplicação da pena (arts. 59 e s.), que pertence ao título das penas. É por isso que preferimos estudá-las na matéria da sanção penal.

David Baigún observa que algumas circunstâncias funcionam como elementos complementares da figura típica, outras são captadas pela cul-

pabilidade e, por último, algumas funcionam como instrumentos de medida punitiva².

Não obstante o esforço do legislador, não pode prever a infinita variedade de matizes que comporta o atuar humano e que, entretanto, tem relevância na medida da pena. A solução para coibir essa insuficiência das descrições típicas é o estabelecimento de circunstâncias genéricas que, embora não pertencendo ao tipo delitivo, constituem aspectos complementares da conduta humana definida na norma incriminadora. É o que ocorre com a agravante da relação de parentesco, que funciona como dado complementar da figura típica. Há circunstâncias que incidem sobre a culpabilidade, como as referentes aos motivos do crime, refletindo-se na pena a ser aplicada. Por último, existem circunstâncias que, sem pertencer ao território do tipo ou da culpabilidade, são tomadas em consideração pelo juiz na dosagem da pena. É o que acontece com a menoridade atenuadora da sanção a ser imposta ao agente. Nos três casos, as circunstâncias interpõem-se entre o crime e a pena, permitindo ao juiz a sua individualização.

3. CLASSIFICAÇÃO

Como vimos no concurso de agentes, as circunstâncias podem ser:

- a) objetivas;
- b) subjetivas.

Circunstâncias objetivas (ou reais) são as que se relacionam com os modos e meios de realização da infração penal, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades da vítima (CP italiano, art. 70, n. 1).

Circunstâncias subjetivas (ou pessoais) são as que só dizem respeito à pessoa do agente, sem qualquer relação com a materialidade do crime, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com o ofendido (CP italiano, art. 70, n. 2).

Podemos classificar as circunstâncias, sob outro aspecto, da seguinte forma:

- 1.º) circunstâncias judiciais;
- 2.º) legais, que se subdividem em:
 - 1. gerais, comuns ou genéricas, que são:
 - a) agravantes (circunstâncias qualificativas);

2. *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aires, Ed. Pannedile, 1971.

- b) atenuantes;
- c) causas de aumento e de diminuição da pena;

2. especiais ou específicas, que podem ser:

- a) qualificadoras;
- b) causas de aumento e de diminuição da pena.

As circunstâncias judiciais estão previstas no art. 59, *caput*.

As circunstâncias legais, previstas especificamente pelo Código, estão contidas na Parte Geral e na Parte Especial. Quando previstas na Parte Geral, denominam-se circunstâncias gerais, comuns ou genéricas. Quando descritas na Parte Especial, chamam-se específicas.

As circunstâncias legais genéricas podem ser:

- a) agravantes: previstas nos arts. 61 e 62;
- b) atenuantes: previstas no art. 65;
- c) atenuantes inominadas: descritas no art. 66;
- d) causas de aumento ou de diminuição da pena (exs.: arts. 26, parágrafo único, e 60, § 1.º).

As circunstâncias legais especiais ou específicas, previstas na Parte Especial do CP, podem ser:

- a) qualificadoras (exs.: arts. 121, § 2.º; 155, § 4.º; 157, § 3.º etc.);
- b) causas de aumento ou de diminuição da pena (exs.: arts. 121, §§ 1.º e 4.º; 129, § 4.º; 141, III; 155, § 1.º etc.).

Podemos estabelecer o seguinte quadro sinótico:

CIRCUNSTÂNCIAS (objetivas ou subjetivas)	{	A) JUDICIAIS — art. 59, <i>caput</i> .		
		{	A) GENÉRICAS (Parte Geral do Código)	{
		{	B) LEGAIS	{
		{	B) ESPECIAIS OU ESPECÍFICAS (Parte Especial do Código)	{

As circunstâncias ainda podem ser:

- a) antecedentes (embriaguez preordenada — art. 61, II, *l*);
- b) concomitantes (crueldade — art. 61, II, *d*);
- c) supervenientes (reparação do dano — art. 65, III, *b*, última figura).

4. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Nos termos do art. 59, *caput*, do CP, disposição mais importante da legislação penal, na fixação da pena compete ao juiz, atendendo “à culpabilidade” do agente, apreciar seus antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. São as chamadas circunstâncias judiciais, que auxiliam o juiz na verificação da culpabilidade do sujeito.

Alguns autores entendem que tecnicamente tais dados não constituem circunstâncias, mas critérios ou diretivas para a aplicação da pena pelo juiz³. Em nossa doutrina, porém, é tradicional a consideração desses dados como circunstâncias judiciais. Denominam-se *judiciais* porque seu reconhecimento é deixado ao poder discricionário do juiz.

O CP se refere à culpabilidade do agente como primeiro critério diretivo de fixação da pena, indicando o grau de censurabilidade da conduta: quanto mais reprovável, maior deve ser a pena (a culpabilidade é a medida da pena).

A segunda circunstância judicial diz respeito aos antecedentes do agente. Considerando a necessidade de sua apuração o CPP determina que, “logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social” (art. 6.º, IX). Antecedentes são os fatos da vida pregressa do agente, sejam bons, sejam maus, como, p. ex.: condenações penais anteriores, absolvições penais anteriores, inquéritos arquivados, inquéritos ou ações penais trancadas por causas extintivas da punibilidade, ações penais em andamento, passagens pela Justiça da Infância e Juventude, suspensão ou perda do poder familiar, tutela ou curatela, falência, condenação em separação judicial etc.

De acordo com o STJ, entretanto, “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444).

3. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 4:112.

O entendimento jurisprudencial em questão tem como fundamento constitucional o princípio da presunção de não culpabilidade, por meio do qual somente depois de haver condenação criminal transitada em julgado é que se pode considerar ter o sujeito efetivamente cometido o fato.

Por *conduta social* se entende o comportamento do sujeito no meio familiar, no ambiente de trabalho e na convivência com os outros indivíduos.

Outra circunstância judicial diz respeito à personalidade do agente. O CPP, em seu art. 6.º, IX, determina à autoridade policial, logo após a prática de infração penal, averiguar a atitude e estado de ânimo do indiciado, antes, durante e depois da prática delituosa, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação de seu temperamento e caráter. A expressão *personalidade* é empregada pelo CP como conjunto de qualidades morais do agente. É o retrato psíquico do delinquente, incluindo a periculosidade.

O Código também refere-se aos motivos determinantes do crime, que correspondem ao “porquê” da prática da infração penal. Exs.: sentimento de honra ferida, revolta contra um ato injusto, amor à família ou à Pátria, gratidão, prepotência, cobiça, vingança, amor, luxúria, malvadez etc.

As consequências do crime referem-se à maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada pela infração penal à vítima ou a terceiros.

A disposição se refere às circunstâncias do crime. Exs.: espécie de instrumento empregado na prática criminosa, natureza da ação, objeto material, tempo, lugar etc. A expressão “circunstâncias” aqui empregada não diz respeito às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61 a 65, nem às causas de aumento ou de diminuição da pena descritas na Parte Geral ou Especial do Código. Caso contrário, o estatuto seria redundante. São circunstâncias que escapam à especificação legal e que servem de meios diretivos para o juiz aplicar a sanção penal.

Por último, há menção ao “comportamento da vítima”. Em alguns crimes, como os de natureza patrimonial e sexual, a conduta do sujeito passivo pode provocar ou facilitar a prática delituosa, circunstância a ser considerada pelo juiz na dosagem concreta da pena.

5. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

As circunstâncias agravantes da pena, de aplicação obrigatória, estão previstas nos arts. 61 e 62 do CP. São de aplicação restrita, não admitindo ampliação por analogia.

Nos termos do art. 61, “são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I — a reincidência;

II — ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada”.

De acordo com o art. 62, que trata das circunstâncias agravantes aplicáveis nos casos de concurso de agentes, “a pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I — promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II — coage ou induz outrem à execução material do crime;

III — instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV — executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”.

No art. 61, *caput*, o Código emprega o advérbio *sempre*, em face do que as agravantes são em regra de aplicação obrigatória. O juiz não pode deixar de agravar a pena, ficando o *quantum* da agravação a seu livre arbítrio, calcado nas circunstâncias do caso concreto e nos dados inerentes à pessoa do agente. No art. 62, entretanto, o Código não emprega a expressão *sempre*. De observar, porém, que, incidente uma das agravantes, o juiz, em regra, não pode deixar de considerá-la.

Há um caso em que as circunstâncias agravantes não têm incidência: quando a pena-base foi fixada no máximo. Elas não podem agravar a pena além do máximo abstrato. Assim, a expressão “sempre agravam” não tem aplicação absoluta.

As agravantes particulares do art. 62 foram estudadas na matéria do concurso de agentes.

O Código não inseriu a premeditação entre as circunstâncias agravantes porque nem sempre revela maior temibilidade do agente, fundando-se, às vezes, na hesitação em praticar a infração penal.

A pena de multa, diante de nosso CP, não sofre majoração em face de militarem contra o agente as circunstâncias agravantes mencionadas nos arts. 61 e 62, tal como ocorre no CP italiano (art. 66). Na fixação da pena pecuniária, nos termos do art. 60, *caput*, o juiz deve atender, entre outros motivos, como a avidez, o *animus lucrandi* etc., à situação econômica do réu ao tempo da sentença.

No art. 61, *caput*, diz o Código que as circunstâncias mencionadas “sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime”. Assim, as circunstâncias agravantes podem funcionar como:

a) elementares; ou

b) circunstâncias qualificadoras do crime.

As elementares correspondem aos elementos específicos do crime. As qualificadoras são circunstâncias legais especiais do crime, previstas na Parte Especial do Código. Quando uma das circunstâncias agravantes funciona como elementar ou como circunstância qualificadora não se aplica a agravação do art. 61. De outra forma, haveria *bis in idem*. Se a circunstância constitui elemento do tipo, não há motivo para a agravação da pena. Se a circunstância genérica (ou qualificativa) do art. 61 funciona como circunstância qualificadora do tipo penal, se houvesse a incidência da agravação, o sujeito teria a pena aumentada duas vezes em face do mesmo fato ou motivo.

Exs.:

a) Suponha-se que o sujeito cometa crime de bigamia (art. 235). Um dos sujeitos passivos desse crime é o “cônjuge” do primeiro casamento. Assim, a circunstância “cônjuge” do art. 61, II, e, última figura, *constitui* o crime de bigamia, pelo que não tem aplicação.

b) O sujeito pratica o crime de abandono material (art. 244) contra filho de seis anos de idade. Não incidem as circunstâncias mencionadas no art. 61, II, e, 2.ª figura (descendente), e h, 1.ª figura (crime cometido contra criança), pois elas constituem o tipo do art. 244, que fala em abandonar, sem justa causa, “filho menor de dezoito anos”.

c) O sujeito deixa, sem justa causa, de socorrer seu pai, gravemente enfermo (art. 244, 2.^a parte). Não incidem as circunstâncias agravantes do art. 61, II, *e*, 1.^a figura (crime contra ascendente), e *h*, última figura (ter sido o crime cometido contra enfermo).

d) O sujeito pratica homicídio por motivo fútil (art. 121, § 2.^o, II). Não incide a agravante do art. 61, II, *a*, 1.^a figura (ter sido o crime cometido por motivo fútil), pois a circunstância genérica funciona como “qualificadora” do homicídio (qualifica o delito).

e) O agente comete crime de mediação para servir a lascívia de outrem contra a própria filha (art. 227, § 1.^o, 2.^a figura). Não incide a agravante do art. 61, II, *e*, 2.^a figura (crime contra descendente), pois a circunstância genérica funciona como circunstância legal específica (qualifica o crime do art. 227).

Às vezes a circunstância do art. 61 do CP funciona na Parte Especial como escusa absolutória. É o que ocorre com a relação de parentesco e de casamento (II, *e*), erigida à condição de causa de isenção de pena nos delitos contra o patrimônio (art. 181, I e II). Conviria, pois, que o legislador, no art. 61, *caput*, acrescentasse a expressão “ou isentam de pena” à exceção “salvo quando constituem ou qualificam o crime”.

Para que incidam as circunstâncias agravantes do art. 61, II, é necessário que o agente conheça os fatos ou elementos que as constituem. Isso não ocorre no CP italiano, em face do art. 59: “Salvo quando a lei disponha de outro modo, as circunstâncias que agravam... a pena são avaliadas... a cargo... do agente, ainda que dele não conhecidas...”. Essa disposição consagra o princípio do *versari in re illicita* (responsabilidade penal objetiva). O CP brasileiro não possui dispositivo semelhante, pelo que, para nós, somente quando o agente conhece ou prevê o fato constitutivo da agravante é que ela tem incidência. Suponha-se que o agente lesione a integridade física de alguém (art. 129), desconhecendo que se trata de um enfermo. Não pode incidir a agravante genérica do art. 61, II, *h*, última figura. O mesmo se diga quando o fato é praticado em “ocasião de desgraça particular do ofendido”, sendo insciente o sujeito da situação da vítima (art. 61, II, *j*, última figura).

O rol das agravantes é taxativo, não admitindo ampliação.

Passemos à análise das circunstâncias qualificativas do art. 61.

No inciso I, o Código inseriu a reincidência, que será objeto de estudo à parte.

No inciso II, a primeira circunstância agravante genérica é o motivo fútil, que indica desproporção entre o motivo e a prática do crime. Exs.:

agredir a esposa porque deixou queimar o alimento; agredir o garçom porque encontrou uma mosca na sopa; sequestrar o motorista de táxi porque errou no troco etc. Tratando-se de crime de homicídio, o Código prevê essa circunstância como qualificadora (art. 121, § 2.º, II).

Motivo torpe (art. 61, II, *a*, 2.ª figura) é o repugnante, que contrasta com a moral média. Ex.: agredir a esposa porque ela não deseja prostituir-se. O motivo torpe também funciona como circunstância qualificadora do crime de homicídio (art. 121, § 2.º, I).

O art. 61, II, *b*, trata das circunstâncias agravantes referentes à conexão de crimes, que estudamos na matéria dos “crimes conexos”. A conexão pode funcionar como qualificadora do crime de homicídio, desde que o crime-meio (homicídio) seja cometido para “assegurar” (não só facilitar) a execução do crime-fim (art. 121, § 2.º, V).

No inciso II, *c*, encontramos circunstâncias referentes à forma de realização do crime: “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”. Cuidando-se de crime de homicídio, funcionam como qualificadoras (art. 121, § 2.º, IV).

O Código permite o emprego da interpretação analógica. Apresenta uma fórmula casuística ou exemplificativa: “à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação”, seguida de uma fórmula genérica: “ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”. Assim, o “outro recurso” deve possuir natureza semelhante à traição, emboscada ou dissimulação, meios que dificultam ou tornam impossível a defesa da vítima.

Traição é a deslealdade, perfídia, com que é cometido o fato criminoso. É a *forma* insidiosa de execução, não se tratando de *meio* insidioso, referido em outra alínea. A traição pode ser:

a) material: exemplo de o agente atingir a vítima pelas costas;

b) moral: caso de o agente enganar a vítima, atraindo-a a determinado local para praticar o delito.

Emboscada é a tocaia, fato de o agente esperar dissimuladamente a vítima no local de sua passagem para o cometimento do crime.

Dissimulação é o escondimento da vontade ilícita, para apanhar o ofendido desprevenido. É o caso de o agente demonstrar falsa amizade, fazendo com que a vítima seja apanhada desatenta. Admite o emprego de disfarce ou outra forma destinada a apanhar a vítima indefesa.

No art. 61, II, *d*, o Código arrola as circunstâncias agravantes referentes ao *meio* empregado pelo agente na prática do crime: “com emprego de ve-

veno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum”. Essas circunstâncias podem funcionar como qualificadoras do homicídio (art. 121, § 2.º, III). Mais uma vez o Código admite o emprego da interpretação analógica. Temos a fórmula casuística: veneno, fogo, explosivo e tortura; e a fórmula genérica: “ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum”. Entende-se que o “outro meio” deve possuir a mesma natureza insidiosa ou cruel das circunstâncias especificadas, como, v. g., a asfixia. Como meio insidioso o Código arrola o emprego de veneno; como meios cruéis, fogo e tortura; como meios que podem causar perigo comum, fogo e explosivo. Como se vê, o fogo pode constituir meio cruel ou de que pode resultar perigo comum.

Meio insidioso é o dissimulado em sua eficiência maléfica.

Meio cruel é o que aumenta o sofrimento do ofendido, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade.

Por fim, o Código se refere ao meio “de que podia resultar perigo comum”. É o meio que, além de permitir seja atingida ou posta em perigo a vítima, coloca em situação de perigo um número indeterminado de pessoas. O Código contenta-se com a possibilidade do perigo comum (“podia resultar perigo comum”). Se ocorrer o perigo comum, constituindo o fato crime de perigo comum, haverá concurso formal de delitos: crime praticado pelo agente contra a vítima, com a agravante, e crime contra a incolumidade pública (arts. 250 e s.). A circunstância agravante não é absorvida pelo crime de perigo comum. Note-se que o agente, se empregou o meio de que adveio o perigo comum, usou fogo ou explosivo. Suponha-se que o agente, pretendendo apenas ferir a vítima, empregue fogo contra ela, advindo o perigo comum. Em relação ao crime de lesão corporal, não há motivo para que a agravante seja absorvida pelo crime mais grave: ela incide sobre o fato cometido contra a vítima e não sobre o fato mais grave. Suponha-se que o agente cometa um crime de estelionato previsto no art. 171, § 2.º, V, empregando explosivo e resultando perigo comum. A agravante incide sobre o fato do estelionato, não sobre o crime de perigo comum, motivo pelo qual não é absorvida, sendo inaplicável o disposto no art. 61, *caput*.

O art. 61, II, *e*, arrola circunstâncias referentes às relações entre o agente e a vítima: crime cometido “contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge”. Não importa seja o parentesco legítimo ou ilegítimo. O resultante da adoção, entretanto, não agrava a pena.

Quanto à circunstância referente a ter sido o crime cometido contra “cônjuge”, entendemos que persiste ainda quando tenha havido separação judicial, pois ela não retira a qualidade pessoal. Em caso de divórcio, porém,

rompendo-se o vínculo conjugal, desaparece a agravante. Tratando-se de concubinato, e não se podendo falar em sociedade *conjugal*, não incide a agravante.

Na alínea *f* o Código agrava a pena do autor do crime que o pratica “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica.

A expressão “abuso de autoridade” indica o exercício ilegítimo da autoridade no campo privado, como relações de tutela, curatela, de ofício, de hierarquia eclesiástica etc. Relações domésticas indicam as ligações entre membros da família, entre criados e patrões, amigos da família etc. Relações de coabitação indicam as ligações de convivência entre pessoas sob o mesmo teto. O termo “hospitalidade” indica a estada de alguém na casa alheia, sem que seja caso de coabitação, como, p. ex., convite para refeição, visitas etc. A agravante relativa à “violência contra a mulher” foi acrescida ao dispositivo por força da Lei n. 11.340, de 7-8-2006, a qual trata da violência doméstica e familiar contra pessoas do sexo feminino.

Na alínea *g* o Código determina a exasperação da pena de quem pratica o crime “com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”. O sujeito deve exercer cargo ou ofício público, vindo a praticar o delito com abuso de poder ou violação de obrigação inerente à sua atividade. De observar que o crime não deve ser funcional típico (CP, arts. 312 e s.; Lei de Abuso de Autoridade, Lei n. 4.898, de 9-12-1965). A expressão “ministério” se refere ao de natureza religiosa.

A alínea *h* faz referência a crime cometido “contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida”.

Criança, segundo a doutrina, é o sujeito passivo que não ultrapassou o período de infância, que se estende até aos 7 anos, mais ou menos (Aulette)⁴. De ver, contudo, que, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa até 12 anos de idade (art. 2.º da Lei n. 8.069, de 13-7-1990). Entendemos que o juiz deve empregar um critério biológico, e não puramente cronológico, pois nem sempre a simples idade expõe a vítima a uma condição de inferioridade, mas reconhecemos que, em face do ECA, tornou-se pacífico que a faixa etária a ser considerada é aquela prevista no Estatuto.

4. Opinião de Nélson Hungria, lançada como Relator de um Acórdão (RF, 109:502). No mesmo sentido: *Revista Jurídica*, 70:279; RT, 410:371. Contra: Vicente Sabino Júnior, para quem o termo “criança” se refere a pessoa “entre o nascimento e os catorze anos de idade” (*Direito penal*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1967, v. 2, p. 361).

O Código também manda agravar a pena quando o crime é cometido contra velho. Não se trata de uma questão cronológica, mas biológica, já que nem sempre a idade avançada do ofendido o coloca em situação de inferioridade em face do sujeito ativo do crime. A condição de velho, a que alude o dispositivo, deve apresentar a forma de senilidade, *i. e.*, de velhice extrema que justifique a máxima *senectus est veluti altera pueritia*⁵.

O Código também se refere a sujeito passivo enfermo. Enfermidade é o estado em que um indivíduo, com desarranjo, ou sem ele, na disposição material do corpo, não exerce determinada função, ou a exerce de modo imperfeito ou irregular⁶. Os cegos devem ser considerados enfermos⁷.

A pena é também genericamente agravada quando o delito é cometido contra mulher grávida, circunstância introduzida pela Lei n. 9.318, de 5-12-1996. Trata-se de norma genérica e de aplicação irrestrita. Por isso, condenável, uma vez que incide sobre qualquer delito. Suponha-se a prática de crimes de estelionato, injúria, desacato etc. contra mulher grávida. A gravidez nada tem com o fito. A agravação deveria ser reservada somente a crimes que, cometidos contra mulher em estado de gravidez, merecem maior reprobção, como lesão corporal, tortura etc.

A alínea *i* trata da hipótese de o crime ter sido cometido “quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade”. Ex.: maltratar, sem arrebatá-lo, o preso que está sendo conduzido pela autoridade. Se houver arrebatamento, o fato constituirá o crime do art. 353 do CP, caso em que não incidirá a agravante.

A alínea *j* se refere ao crime cometido “em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido”. São casos em que, não causada pelo agente, este se aproveita da situação para cometer o delito, agravando-se a pena em face da ausência de solidariedade humana.

Por fim, na alínea *l*, o CP cuida da embriaguez preordenada, que vimos na matéria de embriaguez.

As agravantes do art. 61, salvo a reincidência, são aplicáveis somente aos delitos dolosos.

As circunstâncias do art. 61 são objetivas ou subjetivas?

São objetivas as do inciso II, alíneas *c*, *d* (salvo o meio cruel), *h*, *i* e *j*. São subjetivas as dos incisos I (reincidência) e II, alíneas *a*, *b*, *l* e *d* (meio

5. Acórdão unânime da 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, na Apelação criminal n. 38.339, da Comarca de Barra Bonita (RT, 438:427). Contra, no sentido cronológico dos setenta anos: RT, 317:76 e 378:307.

6. Caldas Aulette, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*; Miguel Couto, *Clínica médica*, Rio de Janeiro, 1926, v. 3, p. 222.

7. *Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo*, 12:234.

cruel, 6.^a figura), *e*, *f* e *g*. O meio cruel, quando empregado de modo a não constituir circunstância objetiva (fogo, p. ex.), deve ser considerado circunstância subjetiva, pois revela maior temibilidade particular do agente (Bettiol e Antolisei; entre nós, Euclides Custódio da Silveira).

6. REINCIDÊNCIA

a) Conceito e formas

Reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime.

A doutrina apresenta duas formas de reincidência:

a) reincidência real: ocorre quando o sujeito pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face do crime anterior;

b) reincidência ficta: ocorre quando o sujeito comete o novo crime após haver transitado em julgado sentença que o tenha condenado por delito anterior.

O CP aceitou a reincidência ficta, conforme dispõe o art. 63: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

b) Pressuposto

A reincidência pressupõe uma sentença condenatória transitada em julgado por prática de crime. Há reincidência somente quando o novo crime é cometido após a sentença condenatória de que não cabe mais recurso. Exs.:

a) O sujeito pratica um crime, sendo processado e condenado. Conformando-se com a decisão, não recorre, vindo a sentença a transitar em julgado.

Meses depois, vem a praticar novo crime. É considerado reincidente, uma vez que cometeu o novo delito após o trânsito em julgado de sentença que o condenou por prática de crime.

b) O sujeito comete um delito, vindo a ser processado e condenado. Não se conformando com a sentença, recorre para o Tribunal, que mantém a condenação, não cabendo mais recurso algum. Anos depois, vem a cometer novo delito. É reincidente, pois praticou o novo crime após a condenação irreversível por prática de delito.

Qual a diferença entre réu primário e réu reincidente?

Ao mencionar os requisitos do livramento condicional, o CP fala em condenado reincidente (art. 83, I e II). No furto, a figura típica privilegiada emprega a expressão “criminoso primário” (art. 155, § 2.º). Qual o conceito de criminoso primário, que se contrapõe ao conceito de réu reincidente?

Criminoso primário é não só o que foi condenado pela primeira vez, como também o que foi condenado diversas vezes, sem ser reincidente. Suponha-se que o agente em meses seguidos cometa vários crimes em comarcas diferentes. É processado várias vezes, sendo condenado em todas as comarcas. Embora tenha sofrido uma série de condenações irrecorríveis, não se trata de réu reincidente, pois não cometeu novo delito após o trânsito em julgado de nenhuma sentença condenatória por prática de crime, permanecendo primário. É o chamado tecnicamente primário.

Tendo em vista o pressuposto da reincidência, diversas hipóteses podem ocorrer:

a) o sujeito comete um crime no dia 10 de janeiro, vindo a praticar outro no dia 12 de janeiro: não é reincidente (trata-se de reiteração criminal);

b) o sujeito comete um crime; no transcorrer da ação penal, vem a cometer outro: não é reincidente;

c) o sujeito pratica um crime, sendo condenado; recorre; enquanto os autos se encontram no Tribunal, vem a cometer outro: não é considerado reincidente;

d) o sujeito, condenado irrecorrivelmente pela prática de um crime, dias após pratica novo delito: é considerado reincidente.

A condenação irrecorrível anterior deve ter fundamento na prática de um crime e não de contravenção. Note-se que o art. 63 fala em “crime anterior” e não em “infração anterior”, que abrange crime e contravenção. Na LCP, o art. 7.º reza: “Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil, ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”. Podem ocorrer várias hipóteses:

a) o agente, condenado irrecorrivelmente pela prática de um crime, vem a cometer outro delito: é reincidente (CP, art. 63);

b) o agente pratica um crime; condenado irrecorrivelmente, vem a cometer uma contravenção: é reincidente (LCP, art. 7.º);

c) o sujeito pratica uma contravenção, vindo a ser condenado por sentença transitada em julgado; comete outra contravenção: é considerado reincidente (LCP, art. 7.º);

d) o sujeito comete uma contravenção; é condenado por sentença irrecorrível; pratica um crime: não é reincidente (CP, art. 63).

Não encontramos nenhuma razão plausível para essa exceção.

O crime anterior pode ter sido cometido no Brasil ou no estrangeiro. Na última hipótese, a sentença estrangeira não precisa ser homologada. Pode-se encontrar descrito no CP ou na legislação extravagante.

E se o réu obteve o *sursis* em relação ao crime anterior?

Vindo a cometer novo crime será considerado reincidente, exceção feita às hipóteses do art. 64, I e II, do CP. O *sursis* é medida de cunho repressivo, não excluindo os efeitos da sentença condenatória com trânsito em julgado.

E se houve extinção da punibilidade em relação ao crime anterior?

Se a extinção da punibilidade ocorreu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não há falar em reincidência diante da prática de novo crime. É que a reincidência pressupõe sentença condenatória irrecorrível. Se esta não existiu, não há a recidiva. Entretanto, se a extinção da punibilidade ocorreu após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a prática do novo crime forjará a reincidência. Salvo a hipótese do inciso I do art. 64. É que a extinção da punibilidade não rescinde a condenação irrecorrível. Como o próprio nome indica, somente exclui a punibilidade, que é a possibilidade jurídica de imposição da sanção penal. O mesmo não ocorre com a anistia e a *abolitio criminis*, que apagam o crime e rescindem a condenação passada em julgado. Assim, é possível que o sujeito tenha sido condenado irrecorrivelmente pela prática de um crime, vindo a ser favorecido pela lei nova supressiva de incriminação (arts. 2.º, *caput*, e 107, III) ou pela anistia (art. 107, II, 1.ª figura). Vindo a cometer um crime após a extinção da punibilidade por essas causas, não será considerado reincidente.

E se o juiz aplicou o perdão judicial em relação ao delito anterior?

Vindo o sujeito a cometer novo crime não será considerado reincidente, nos termos do art. 120 do CP.

Há reincidência se o novo crime foi *executado* antes de a sentença condenatória transitar em julgado, e *consumado* depois? O sujeito pratica um crime e está sendo processado. Dias antes de a sentença transitar em julgado, desfere tiros de revólver na vítima, que vem a falecer depois de a decisão tornar-se irrecorrível. Não é considerado reincidente. Aplicando-se a teoria da atividade ao problema do *tempus delicti*, temos que o crime de homicídio foi cometido antes do trânsito em julgado (CP, art. 4.º).

E se a sentença anterior somente impôs pena de multa?

Tratando-se de contravenção anterior, não há reincidência, uma vez que, nos termos do art. 63, exige-se *crime* antecedente. Cuidando-se, porém, de crime anterior, existe a reincidência. É que a disposição fala em “crime anterior”, não especificando a espécie de pena.

A reincidência é circunstância comunicável ou incommunicável em caso de concurso de agentes?

É incommunicável, aplicando-se o disposto no art. 30, 1.ª parte, do CP.

Como se prova a reincidência?

Por meio de certidão da sentença condenatória anterior, com referência a seu trânsito em julgado.

Que se entende por multirreincidente?

É o sujeito que sofreu mais de três condenações com reconhecimento da reincidência.

c) Efeitos

A reincidência causa os seguintes efeitos:

- a) agrava a pena (art. 61, I);
- b) no concurso de agravantes, constitui “circunstância preponderante” (art. 67);
- c) impede a concessão da suspensão condicional da execução da pena (art. 77, I);
- d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional (art. 83, II);
- e) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (CP, art. 110, *caput*);
- f) interrompe a prescrição (art. 117, VI);
- g) impede algumas causas de diminuição de pena (arts. 155, § 2.º, 170 e 171, § 1.º).

d) Espécies de crimes e reincidência

A reincidência pode ocorrer entre:

- a) dois crimes dolosos;
- b) dois crimes culposos;
- c) um crime doloso e outro culposo e vice-versa;
- d) crimes consumados;
- e) crimes tentados;
- f) um crime tentado e outro consumado;
- g) um crime consumado e outro tentado.

e) Eficácia temporal da condenação anterior para efeito da reincidência

O legislador brasileiro não adotou o sistema da reincidência real, que para a sua ocorrência exige que o sujeito cometa o novo crime após o cumprimento total ou parcial da pena imposta em consequência da prática do delito anterior. Acatou o sistema da reincidência ficta, exigindo apenas que o novo delito seja praticado após o trânsito em julgado da condenação anterior, pelo que, entre nós, a condenação irrecorrível constitui o fundamento e o pressuposto básico da recidiva.

Apresenta-se aqui o problema da eficácia temporal da condenação anterior para efeito da reincidência. A condenação irrecorrível deve possuir eficácia perpétua, de maneira a se tornar irrelevante o período decorrido entre seu trânsito em julgado e o cometimento do novo crime, ou, pelo contrário, ela deve perder o efeito de permitir a reincidência quando medeia certo lapso de tempo entre o julgamento definitivo e a prática do novo crime? Em favor da última posição, argumenta-se que o sujeito que pratica um crime em sua juventude, tendo uma vida inteira pacífica, poderá tornar-se reincidente e ter a pena agravada por isso se vier a cometer novo delito em sua velhice. O tempo que medeia entre infração e infração indica a desnecessidade de agravação da última sanção, sendo justo que o Estado esqueça a primeira condenação para o efeito único de não ser agravada a segunda pena. Contra esse entendimento afirma-se que não importa o tempo entre o termo *a quo* e a prática do novo crime, uma vez que sempre estará presente a tendência criminológica do agente reiterador de infrações penais.

Há três sistemas a respeito da eficácia temporal da condenação anterior para efeito da reincidência:

- 1.º) sistema da perpetuidade;
- 2.º) sistema da temporariedade;
- 3.º) sistema misto.

De acordo com o sistema da perpetuidade, não importa o lapso temporal entre o termo *a quo* e a prática do novo crime: quanto maior o período de tempo, mais firme se mostra a tendência criminosa do agente (Garofalo, Nicéfaro e Porto). Adotam o sistema da perpetuidade: as leis inglesas, os Códigos espanhol (art. 10, inc. XV), grego, egípcio e italiano.

Para o sistema da temporariedade, não há reincidência quando entre o termo *a quo* e a prática do novo delito medeia período determinado (Pessina, Ortolan, Manzini e Impallomeni). As legislações que adotam esse sistema variam de critério quanto ao termo *a quo* e quanto ao prazo: Código Penal argentino, art. 50, última parte; mexicano, art. 20; suíço, art. 67; polonês, art. 60, § 1.º; japonês, art. 56; chinês, art. 47; uruguaio, art. 48, § 1.º; dinamarquês, art. 81, inciso III; peruano, art. 111; alemão, art. 20, *a*; chileño, art. 104; colombiano, art. 34; boliviano, art. 89; paraguaio, art. 49; panamenho, art. 75; e venezuelano, art. 100.

O terceiro sistema, embora inclinado à perpetuidade, permite a atenuação da agravação resultante da recidiva em proporção ao tempo decorrido: quanto maior o tempo entre a condenação anterior e a prática do novo crime, menor é a agravação da segunda pena (Carrara e Brusa).

Alega-se em favor do sistema da temporariedade que o longo período entre o primeiro fato e sua repetição obsta que se entenda persistente o vínculo criminológico capaz de ligar os dois crimes, com o acréscimo da reprovabilidade sobre o sujeito e, portanto, de sua culpabilidade. Os dois fatos surgem isolados no tempo, sem que a prática de ambos possa fundamentar a conclusão de que neles se exprime aquele querer antijurídico obstinado que justifica o tratamento particular do reincidente. Deve, pois, exigir-se que a reiteração ocorra, para que não perca a sua relevância como indício de desatenção do agente diante da condenação anterior, dentro de um lapso de tempo relativamente curto após a decisão condenatória. A moderna Criminologia aponta o prazo de cinco anos, consagrado em várias legislações e no Código alemão. Urge observar, porém, que neste prazo não deve ser computado o tempo durante o qual o agente cumpriu pena privativa de liberdade, uma vez que, como diz Eduardo Correia, “lhe era praticamente impossível cometer novos crimes”⁸.

Adotando o princípio da temporariedade ou “a tempo determinado”, o estatuto penal suíço exige que não haja decorrido tempo superior a cinco anos entre a pena anterior, cumprida total ou parcialmente, e o cometimento da nova infração (art. 67), orientação seguida pelos Códigos do Japão e do Uruguai. O CP alemão exige que não tenha transcorrido tempo superior a dez anos entre a pena anterior e a prática do segundo crime (art. 20, *a*). O Código francês prescreve a exigência de não haver decorrido lapso de cinco anos entre o término da primeira pena e o novo delito. No Código argentino, a qualidade de reincidente possui limitação temporal fixada pelo art. 50, segundo o qual “la condena anterior no se tendrá en cuenta a los efectos de considerar al reo como reincidente, cuando hubiere transcurrido otro término igual al de la condena extinguida, que nunca excederá de diez años ni será inferior a cinco”. O Projeto de CP argentino, de Sebastian Soler, afirmava que “não se levará em conta a condenação anterior para o efeito de considerar o réu como reincidente quando tenham transcorrido cinco anos a partir da extinção da pena” (art. 77). O CP italiano, acatando o critério permanente, afirma sua independência em relação ao tempo transcorrido a partir do crime precedente. A independência, porém, não é absoluta, uma vez que o tempo não é de todo irrelevante para a determinação da gravidade da reincidência. Na denominada *reincidência infraquinquenal*, a relação cronológica entre a sentença condenatória anterior e o novo delito adquire eficácia determinante: para que exista este tipo de recidiva, caracterizada pelo breve transcurso de tempo, é necessário que a conduta constitutiva do novo delito seja iniciada antes que haja terminado o quinquênio, a partir da formação da coisa julgada da condenação precedente.

8. *Direito criminal*, Coimbra, Livr. Almedina, 1968, v. 2, p. 165.

O CP brasileiro de 1940 adotou o sistema da perpetuidade da reincidência. A atual Parte Geral do CP adotou o sistema da temporariedade.

O art. 64, I, diz o seguinte:

“Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

A matéria é comumente chamada de “prescrição da reincidência”. A expressão não é correta.

Podemos falar em “prescrição da condenação anterior para efeito da reincidência” ou em “eficácia temporal da condenação anterior para efeito da reincidência”, mas não em “prescrição da reincidência”.

Em face do decurso de tempo, o réu continua a ser condenado e a sentença prossegue sendo decisão condenatória. Ocorre que, pelo decurso de certo lapso temporal, a sentença perde a eficácia de gerar a reincidência. Assim, se o agente vier a cometer novo crime depois de cinco anos da extinção da primeira pena, a anterior sentença condenatória não terá força de gerar a agravação da pena, uma vez que o réu não será considerado reincidente.

O que possui limite temporal é a eficácia da condenação anterior como exigência necessária para o sujeito adquirir a qualidade de reincidente. É o que se contém na Exposição de Motivos dos deputados argentinos que modificaram o Projeto de 1906, que não previa limite temporal da condenação para efeito de reincidência: “Aplicando o Projeto de 1906, condenado o delinquente uma vez, deverá estar perpetuamente submetido às suas consequências, ainda que sua vida posterior tenha sido honesta. O direito de acusar prescreve, as penas também. Por que não há de prescrever o *antecedente* do crime, quando uma vida posterior honrada demonstrou o reajustamento do sujeito? Propomos, para que essa prescrição se opere, os mesmos prazos que regem a extinção das penas pelo transcurso do tempo”.

Esse é o critério adotado pelo CP, ao determinar que a condenação anterior, para o efeito da reincidência, não deve ser tomada em conta se entre a data da extinção da pena e o crime posterior decorreu período de tempo superior a cinco anos. Assim, a condenação anterior, dentro do prazo de cinco anos, em caso do novo delito nele cometido, dá origem à reinci-

9. José F. Argibay Molina e outros, *Derecho penal*; parte general, Buenos Aires, Ediar, 1972, v. 2, p. 387.

dência. Se, depois dessa condenação, é cometido outro crime, dentro de seu prazo de eficácia, haverá reincidência, e assim sucessivamente. A lei se refere à condenação anterior e não à primeira condenação, de forma que, em caso de sucessão de condenações, devemos tomar em conta a penúltima, não a primeira.

Com isso o Código adotou a orientação das legislações modernas no sentido de tornar temporário o efeito da condenação anterior para forjar a reincidência, de acordo com recomendação da Terceira Reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, realizada em Lima, no Peru, em abril de 1967¹⁰.

O CP poderia ir mais longe no terreno da reincidência, tornando-a de agravação facultativa. Não o fazendo, atendeu-se em parte ao princípio aceito pela Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, segundo o qual a reincidência não é um fator relevante na aplicação e dosagem da pena, não podendo ser de aplicação obrigatória.

Nos termos do art. 64, I, do CP, o termo *a quo* do prazo de cinco anos é a data:

- a) do cumprimento da pena;
- b) de sua extinção por outra causa; ou
- c) do início do período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, sem revogação.

Trata-se das penas de reclusão, detenção, prisão simples, restritiva de direitos ou multa. Quando impostas cumulativamente, como, p. ex., reclusão e multa, cumprida a primeira e não satisfeita a segunda, o prazo ainda não começa a correr. Isso só ocorrerá quando o condenado efetuar o pagamento da sanção pecuniária. Se paga em parcelas mensais (CP, art. 50, *caput*), o prazo se conta do pagamento da última prestação.

Na segunda hipótese, cuida-se de caso em que há extinção da pretensão executória, como prescrição, graça, indulto etc. (CP, art. 107, salvo a anistia e a *abolitio criminis*).

Ex.:

O réu é condenado a três meses de detenção, fugindo. A prescrição da pretensão executória ocorre em dois anos, decretando o juiz a extinção da punibilidade. Cinco anos e dois meses depois da decretação da extinção da punibilidade o sujeito vem a cometer novo delito. Não será considerado reincidente.

10. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, 16:68.

No caso do *sursis* e do livramento condicional, o prazo começa na data da audiência admonitória.

No indulto o prazo tem início na data da publicação do decreto.

Na hipótese do revogado art. 107, VII, do CP (casamento da vítima com o agente nos delitos contra os costumes), o termo inicial era a data do matrimônio e não a em que o juiz decretava a extinção da punibilidade.

O quinquênio deve ser contado de acordo com a regra do art. 10 do CP, incluindo-se o dia do começo.

Ex.:

O réu cumpre a pena privativa de liberdade no dia 6 de janeiro de 1980, sendo posto em liberdade. O decurso de prazo de cinco anos ocorrerá no dia 5 de janeiro de 1985, às 24h.

Qual a razão de haver o legislador escolhido a data do cumprimento da pena como um dos termos *a quo* do prazo?

Como ensina Eduardo Correia, no prazo não se “deve computar o tempo durante o qual o agente cumpriu uma medida privativa de liberdade e em que, por conseguinte, lhe era praticamente impossível cometer novos crimes”¹¹.

Tratando-se de unificação de penas, o prazo começa a correr no momento em que o sujeito termina o cumprimento das penas unificadas.

Decorrido o prazo, a sentença condenatória anterior não prevalece “para efeito de reincidência”. Significa que ela subsiste para outros efeitos. Assim, praticado o novo crime quando decorrido período de tempo superior a cinco anos, contados a partir do cumprimento da primeira pena, o réu não será considerado reincidente. A sentença condenatória, porém, subsistirá para efeito de maus antecedentes, nos termos do art. 59, *caput*, do CP.

Se o sujeito pratica o novo crime após o prazo do art. 64, I, não é considerado *reincidente*. Pode ser considerado *primário*?

Suponha-se que o agente, seis anos após o cumprimento de pena de reclusão por prática de estelionato, pratique um furto de coisa de pequeno valor. Para que obtenha o privilégio do art. 155, § 2.º, do CP, além do pequeno valor do objeto material, é necessário que seja primário.

Entendemos que o réu pode ser beneficiado pelo privilégio do furto mínimo. Para nós, há somente duas espécies de delinquentes no CP: primá-

11. *Direito criminal*, Coimbra, Livr. Almedina, 1968, v. 2, p. 165.

rios e reincidentes. Se, pelo decurso do prazo do art. 64, I, ele não é considerado reincidente, retorna à qualidade de primário.

f) Crimes militares e puramente políticos

O art. 64, II, do CP, preceitua que, “para efeito de reincidência, não se consideram os crimes militares próprios ou políticos”.

Essa disposição seguiu, em parte, recomendação da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina (Terceira Reunião, realizada em Lima, no Peru, em abril de 1967).

A doutrina apresenta dois critérios de distinção entre crimes políticos e comuns:

a) critério objetivo — leva em conta a natureza do interesse jurídico lesado ou exposto a perigo de dano pela conduta do sujeito;

b) subjetivo — a diversificação depende da intenção do sujeito.

De acordo com o primeiro critério, há delito político quando o comportamento lesa ou ameaça o ordenamento político do país (objeto jurídico).

Para os subjetivistas, o que importa é o motivo que leva o agente a cometer o fato. Se há motivo de natureza política, existe crime político. Em caso contrário, o crime é comum.

Modernamente, aceita-se um critério misto (objetivo-subjetivo) ao diferenciar delitos objetivamente políticos de crimes subjetivamente políticos. Exemplo disso é o CP italiano, que em seu art. 8.º conceitua o delito político da seguinte forma: “Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino” (crime objetivamente político). “È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici” (crime subjetivamente político).

Os crimes políticos se dividem em:

a) crimes políticos próprios — os que ofendem a organização política do Estado;

b) crimes políticos impróprios — os que ofendem um interesse político do cidadão.

Fala-se ainda em:

a) crimes políticos puros — de exclusiva natureza política;

b) crimes políticos relativos — que compreendem os delitos políticos

mistos ou complexos — são os que ofendem simultaneamente a ordem político-social e um interesse privado (crimes não puramente políticos).

Os delitos militares classificam-se em:

a) próprios: só definidos no CP Militar (arts. 9.º, I, e 10, I); ex.: dormir em serviço;

b) impróprios: descritos também na legislação comum; ex.: homicídio.

Qual a razão de não serem considerados para efeito de reincidência os crimes militares próprios e os políticos próprios e impróprios?

Ocorre que não têm a mesma natureza dos crimes comuns. No CP Militar, são descritos como crimes fatos que, sob o ângulo do Direito Penal comum, constituem simples infrações administrativas ou disciplinares. Assim, “dormir em serviço” é crime militar próprio (CP Militar, art. 203). Sob o aspecto do Direito Penal comum, o fato não passa de “sonolência administrativa”.

Quanto aos delitos políticos, explicava Aníbal Bruno, há uma tendência no sentido de tratá-los com liberalidade, reconhecendo que têm “sentido diverso dos demais crimes” e demonstram “ausência daquele caráter individual e antissocial dos motivos”¹².

De acordo com o CP, para efeito de reincidência, não devem ser considerados os:

1.º) delitos militares próprios; e

2.º) os crimes políticos.

Assim, não há reincidência quando o sujeito, definitivamente condenado na Justiça Militar pelo fato de haver dormido em serviço, vem a cometer um crime comum. Há, entretanto, a agravante quando comete um crime militar impróprio.

Quanto aos crimes políticos, sejam puros, sejam relativos, não ensejam a reincidência.

E se o crime anterior foi objeto de anistia após o trânsito em julgado da sentença condenatória?

Não há reincidência se a pretensão estatal em relação ao delito anterior foi atingida pela anistia. O legislador entendeu supérfluo colocar isso na lei.

7. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

Nos termos do que dispõe o art. 65 do CP, são circunstâncias atenuantes:

12. *Direito penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 2, p. 224.

“I — ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença;

II — o desconhecimento da lei;

III — ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou”.

As circunstâncias atenuantes são de aplicação em regra obrigatória, pois o *caput* do art. 65 reza: “são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena...” [grifo nosso]. O *quantum* da atenuação fica a critério do juiz. Entretanto, há um caso em que as circunstâncias atenuantes não têm incidência: quando a pena-base foi fixada no mínimo legal. Elas não podem atenuar a pena aquém do mínimo abstrato. É possível que a atenuante do art. 65 funcione na Parte Especial do CP como causa de diminuição da pena. Neste caso, a atenuação genérica não tem aplicação. Ex.: a circunstância do relevante valor moral ou social (III, *a*) integra o homicídio privilegiado (art. 121, § 1.º).

Vejamos as várias atenuantes:

a) Ser o agente menor de 21 ou maior de 70 anos

É irrelevante que tenha havido emancipação ou seja casado. Mesmo emancipado, ou casado, o menor deve ser beneficiado pela atenuante.

O benefício começa no dia em que o agente completa os 18 anos e vai até o dia anterior àquele em que faz 21 anos (menoridade penal relativa). Diz respeito ao tempo da prática do crime. Assim, o agente deve ser beneficiado mesmo se, ao tempo da sentença, já completara os 21 anos.

A segunda parte da disposição determina a atenuação da pena ao maior de 70 anos de idade, ao tempo da sentença.

b) Desconhecimento da lei

A matéria foi vista no erro de proibição.

A simples alegação de ignorância formal da lei não escusa. Pode, entretanto, reduzir genericamente a pena.

c) Motivos de relevante valor social ou moral

Esses motivos podem constituir circunstâncias legais especiais ou específicas do crime de homicídio (art. 121, § 1.º). Quando isso ocorre, não incide a atenuante genérica. De outra forma, o agente seria beneficiado duas vezes em face do mesmo motivo.

Vimos que o motivo fútil ou torpe agrava a pena (art. 61, II, *a*). Em sentido contrário, o motivo de relevante valor social ou moral diminui a pena.

Para alguns, o Código é redundante ao falar em motivo social ou moral, pois um abrange o outro. As duas expressões evitam dúvida de interpretação. Motivo de relevante valor social ocorre quando a causa do delito diz respeito a um interesse coletivo. A motivação é ditada em face de interesse que diz respeito a todos os cidadãos de uma coletividade. Ex.: o agente pratica violação de domicílio (art. 150) contra o traidor da Pátria. O motivo de relevante valor moral já diz respeito a um interesse particular. Ex.: o sujeito pratica sequestro contra o estuprador de sua filha; comete um furto leve para atenuar uma grande desventura.

d) Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano

Trata do arrependimento do sujeito. Não é arrependimento eficaz, que exclui a adequação típica (art. 15). No arrependimento ativo, o sujeito impede que o resultado seja produzido, não respondendo nem por tentativa (salvo os atos anteriores). Na atenuante, a disposição fala que a conduta do arrependimento deve ser realizada “logo após o crime”, pressupondo a existência do delito (tentado ou consumado).

O comportamento atenuador do agente deve ser espontâneo.

Deve ser eficiente (eficaz). Se o agente, p. ex., logo após a prática do crime, procura diminuir as suas consequências, mas não consegue, não incide a atenuação da pena. Além disso, precisa ser realizado “logo após o crime”, *i. e.*, em seguida, sem demora.

A reparação do dano deve ser realizada antes do julgamento de primeira instância (antes de o juiz proferir a sentença), caso semelhante ao contido no art. 143, não se exigindo que a decisão tenha transitado em julgado. Se, entretanto, cuidando-se de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, a reparação do dano ocorre até o recebimento da denúncia ou da

queixa, incide uma causa de diminuição da pena, de um a dois terços (CP, art. 16).

Tratando-se de peculato culposo, a reparação do dano não constitui simples atenuante, mas causa extintiva da punibilidade, se precede a sentença irrecorrível (art. 312, § 3.º, 1.ª parte). A reparação atenuante da pena deve ser completa, não precisando ser espontânea (o Código não liga a espontaneidade à reparação do dano; as duas circunstâncias encontram-se separadas pela disjuntiva “ou”).

Essas circunstâncias são aplicáveis aos delitos dolosos ou culposos.

A situação inversa aumenta a pena. Assim, nos crimes de homicídio e lesões corporais culposos, a pena é agravada em relação ao agente que “não procura diminuir as consequências de seu ato” (arts. 121, § 4.º, e 129, § 7.º).

e) Ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima

A atenuante da coação resistível já foi analisada na disciplina do concurso de agentes.

A circunstância da ordem de autoridade superior já foi abordada na obediência hierárquica.

A influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, como circunstância atenuante, já foi analisada na matéria das causas de exclusão da culpabilidade. Pode funcionar como causa de diminuição de pena do crime de homicídio (art. 121, § 1.º), em que se exige que o agente esteja “sob o domínio” de violenta emoção. Como atenuante, basta que haja a “influência”.

f) Ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime

A simples confissão da prática de um crime não atenua a pena. Assim, quando o indiciado ou acusado confessa a autoria do crime à autoridade policial ou judiciária, não incide a atenuação pela mera conduta objetiva. O que importa é o “motivo” da confissão, como, p. ex., o arrependimento, demonstrando merecer pena menor, com fundamento na lealdade processual.

g) Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou

O Código exige as seguintes condições para a aplicação da atenuante:

a) que o agente tenha cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto;

b) que não tenha provocado o tumulto.

h) Circunstâncias inominadas

O art. 66 do CP diz que a pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

São circunstâncias que escapam à especificação legal e que servem de meios diretivos para o juiz aplicar a pena. Devem ser relevantes, podendo ser anteriores ou posteriores à prática delituosa, como, v. g., a confissão espontânea da autoria de crime imputada a outrem, não abrangida pelo art. 65, III, *d*, o casamento do agente com a vítima no crime de lesão corporal etc.

8. CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO DA PENA

As causas de aumento e de diminuição da pena estão previstas na Parte Geral e na Parte Especial do CP. Quando descritas na Parte Geral, constituem circunstâncias legais genéricas; quando contidas na Parte Especial, são circunstâncias legais especiais ou específicas.

São causas de facultativo ou obrigatório aumento ou diminuição da sanção penal em quantidade fixada pelo legislador (um terço, um sexto, o dobro, a metade etc.) ou de acordo com certos limites (um a dois terços, um sexto até metade etc.). As causas de aumento são obrigatórias, salvo a prevista no art. 60, § 1.º. As causas de diminuição da pena são obrigatórias ou facultativas, de acordo com a determinação do Código.

A expressão “causa facultativa” de redução da pena, aliada ao termo “pode” empregado pelo CP nas disposições que a contêm, não indica poder o juiz reduzir ou não a sanção penal, segundo seu puro arbítrio, não obstante a presença das circunstâncias exigidas. Se estas se mostram presentes, a redução é obrigatória, reservando-se ao juiz a tarefa de determinar o *quantum* da diminuição.

Na Parte Geral do CP encontramos as seguintes causas de aumento e de diminuição da pena: arts. 14, parágrafo único; 24, § 2.º; 26, parágrafo único; 28, § 2.º; 29, § 1.º; 60, § 1.º; 70, *caput*; 71, *caput*; 73, 2.ª parte, e 74, parte final.

Na Parte Especial do CP encontramos as seguintes causas de aumento e de diminuição da pena: arts. 121, §§ 1.º e 4.º; 122, parágrafo único; 127; 129, §§ 4.º e 7.º; 133, § 3.º; 135, parágrafo único; 141, I, 2.ª figura (quan-

do a ofensa moral não é praticada em público); 141, III e parágrafo único; 146, § 1.º; 150, § 2.º; 151, § 2.º; 155, §§ 1.º e 2.º; 157, § 2.º; 158, § 1.º; 168, parágrafo único; 170; 171, §§ 1.º e 3.º; 175, § 2.º; 208, parágrafo único; 209, parágrafo único; 221; 226; 245; 250, § 1.º; 251, § 2.º; 258; 263; 264, parágrafo único, *in fine*; 265, parágrafo único (acrescentado pela Lei n. 5.346, de 3-11-1967); 266, parágrafo único; 267, § 1.º; 268, parágrafo único; 285; 288, parágrafo único; 295; 296, § 2.º; 297, § 1.º; 299, parágrafo único; 312, § 3.º; 317, § 1.º; 332, parágrafo único; 333, parágrafo único; 334, § 3.º; 339, §§ 1.º e 2.º; 342, § 2.º; 347, parágrafo único, e 357, parágrafo único.

De observar que a doutrina também denomina as causas de aumento de pena previstas na Parte Especial do CP “qualificadoras”.

9. CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS

Qualificadoras são circunstâncias legais especiais ou específicas previstas na Parte Especial do CP que, agregadas à figura típica fundamental, têm função de aumentar a pena.

Diferem das circunstâncias qualificativas, que se encontram na Parte Geral do CP (arts. 61 e 62). Além disso, em face das circunstâncias agravantes (qualificativas) o *quantum* da agravação fica a critério do juiz. Quando, porém, o Código descreve uma qualificadora, expressamente menciona o mínimo e o máximo da pena agravada.

Embora parte da doutrina denomine as causas de aumento de pena previstas na Parte Especial “qualificadoras”, entendemos que existe diferença entre elas. Quando a norma penal prevê uma causa de aumento de pena na descrição dos crimes, não menciona expressamente o mínimo e o máximo: diz que a pena é aumentada de um a dois terços, de um sexto até metade, de um terço, de metade, o dobro etc. Ex.: art. 157, § 2.º, em que a pena é aumentada de um terço até metade. Quando, porém, trata-se de uma qualificadora propriamente dita, o Código, aumentando a pena, comina o mínimo e o máximo. Exs.: arts. 121, § 2.º; 129, §§ 1.º, 2.º e 3.º; 130, § 1.º; 133, §§ 1.º e 2.º; 134, §§ 1.º e 2.º; 136, §§ 1.º e 2.º; 137, parágrafo único; 148, § 2.º; 150, § 1.º; 155, § 4.º; 157, § 3.º; 158, § 2.º; 159, §§ 1.º, 2.º e 3.º; 163, parágrafo único; 227, §§ 1.º e 2.º; 228, §§ 1.º e 2.º; 260, § 1.º; 261, § 1.º; 262, § 1.º; 264, parágrafo único, 1.ª parte; 267, § 2.º, 2.ª parte; 321, parágrafo único; 323, §§ 1.º e 2.º; 328, parágrafo único; 329, § 1.º; 342, § 1.º e 351, §§ 1.º e 3.º, do CP. Assim, no art. 121, § 2.º, o Código determina a agravação da pena em

face de qualificadoras, cominando a pena de 12 a 30 anos de reclusão (menciona o mínimo e o máximo).

Podemos dizer que as qualificadoras podem ser entendidas em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, abrangem as causas de aumento de pena previstas na Parte Especial do CP e as qualificadoras propriamente ditas; em sentido estrito, abrangem as qualificadoras propriamente ditas, em face das quais o preceito secundário da norma incriminadora prevê o mínimo e o máximo da agravação.

Capítulo LVII

DA COMINAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA

1. COMINAÇÃO DAS PENAS

Cominação é a imposição abstrata das penas pela lei.

O CP, nos arts. 53 a 58, determina regras a respeito.

No tocante às penas privativas de liberdade, elas têm seus limites (máximo e mínimo) estabelecidos no preceito secundário de cada tipo penal incriminador (art. 53).

As penas restritivas de direitos não estão previstas na Parte Especial do CP. Adotado o sistema das penas substitutivas, são aplicáveis no lugar das privativas de liberdade, desde que, fixadas na sentença, não sejam superiores a quatro anos, sendo o crime doloso, e, nos delitos culposos, qualquer que seja a sua quantidade (CP, art. 44, I). Têm a mesma duração das penas substituídas (art. 55). As penas de proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, e a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (art. 47, I e II), são aplicáveis nos casos de crimes cometidos no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes (art. 56). A pena de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (art. 47, III) só é aplicável aos delitos automobilísticos “culposos” (art. 57).

O *quantum* do dia-multa não é previsto na Parte Especial do CP. É regulado pelo disposto no art. 49 do CP (art. 58, *caput*). A multa prevista para os delitos culposos (art. 44, I) e na substituição da privativa de liberdade até um ano (art. 44, § 2.º) é aplicável “independentemente de cominação na parte especial” (art. 58, parágrafo único).

2. JUÍZO DE CULPABILIDADE COMO FUNDAMENTO DA IMPOSIÇÃO DA PENA

A imposição da pena depende da culpabilidade, não da periculosidade, que, tradicionalmente, sempre constituiu o pressuposto das medidas de segurança. Assim, sempre foi da tradição de nosso Direito Penal ligar a culpabilidade à pena; a periculosidade, às medidas de segurança. Juízo de reprovação e juízo de periculosidade, ensinava Bettiol, “são irredutíveis entre si, são grandezas que operam em mundos diferentes: uma em contato com a personalidade moral do homem, a outra em relação com a personalidade naturalística e criminológica; uma é juízo que olha o passado, a outra um juízo voltado para o futuro”¹.

Estão totalmente superadas as teorias que procuravam fundamentar a responsabilidade penal somente na periculosidade. Na lição de Ricardo C. Nuñez, “por intermédio da admissão da culpabilidade como pressuposto da pena, o Direito Penal reconhece ao delinquente a categoria de pessoa, *i. e.*, a categoria de um ser capaz de conduzir-se racionalmente, cuja responsabilidade jurídica não descansa só na natureza lesiva de seu comportamento (*responsabilidade pelo resultado*), mas sim em sua atitude espiritual ao comportar-se dessa maneira (*responsabilidade pela culpabilidade*)”².

A imposição da pena está condicionada à culpabilidade do sujeito. Na fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade). A periculosidade constitui pressuposto da imposição das medidas de segurança.

3. FIXAÇÃO DA PENA

Nos termos do art. 59 do CP, “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I — as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II — a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

1. *O problema penal*, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, 1967, p. 154 e 155.

2. *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1972, p. 208.

III — o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV — a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

Determinando ao juiz atenção aos critérios diretivos (circunstâncias judiciais, que já foram estudadas), o Código prevê duas operações na aplicação da pena privativa de liberdade:

1.^a) Quando o preceito secundário da norma incriminadora comina penas alternativas, o juiz deve escolher uma delas com fundamento nas circunstâncias judiciais. Assim, no art. 135, que define o crime de omissão de socorro, o Código impõe alternativamente duas espécies de penas: “detenção, de um a seis meses, ou multa”. A disjuntiva “ou” indica que as sanções não são cumulativas. Então, o juiz precisa escolher uma delas. Qual o critério de escolha? É indicado pelo Código. Para impor uma delas, o juiz leva em conta os antecedentes, a personalidade do agente, a conduta social, os motivos, as consequências da omissão de socorro e demais circunstâncias (art. 59, *caput*). É claro que essa primeira operação nem sempre é necessária. Só é realizada quando a norma comina penas alternativas. Quando a pena é única (ex.: art. 124) ou quando o Código impõe penas cumulativas (ex.: art. 155, *caput* e § 2.^o), é prescindível a primeira operação.

2.^a) Quando a pena é única ou o juiz já escolheu uma dentre as cominadas alternadamente, passa à operação determinada pelo art. 59, II: fixa, dentro dos limites legais, a quantidade da aplicável à espécie. Exs.:

1.^o) O réu praticou um crime de dano simples (art. 163, *caput*), sujeitando-se à “detenção, de um a seis meses, ou multa”. Suponha-se que o juiz, atendendo às circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, escolheu a pena privativa de liberdade (realizou a primeira operação). Na segunda operação, passa a fixar a pena de detenção “dentro dos limites legais”: “de um a seis meses”. Qual o critério? É previsto no art. 59, *caput*: para fixar a pena, que varia de um a seis meses de detenção, o juiz considera as circunstâncias judiciais.

2.^o) O réu praticou um crime de roubo próprio (art. 157, *caput*, em que a pena varia de quatro a dez anos de reclusão (além da multa). Sendo prescindível a primeira operação, o juiz, tomando em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, fixa a pena entre os limites determinados: de quatro até dez anos de reclusão.

Quando incide uma “qualificadora” (em sentido estrito), a segunda operação não sofre alteração. Ex.: crime de furto qualificado (art. 155, § 4.^o), em que a pena é de reclusão, de dois a oito anos. O juiz, levando em conta as circunstâncias judiciais, fixa a pena privativa de liberdade entre os limites da cominação legal, podendo ser de dois até oito anos de reclusão.

Além disso, cumpre ao juiz determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III), obedecido o princípio da detração penal (art. 42), e, se for caso, aplicar o sistema das penas substitutivas (inc. IV). V. arts. 110 e s. da Lei de Execução Penal.

O CP, no art. 59, *caput*, diz que compete ao juiz, na fixação da pena, atender às circunstâncias judiciais, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Assim, impõe-se a pena “necessária” para atender ao grau de reprovação da conduta. E ela deve ser “suficiente” para prevenir o crime (prevenção genérica e específica).

O novo sistema penal prevê duas fases na aplicação da pena.

Num primeiro momento, com fundamento no princípio da pena retributiva, fixa sua qualidade e quantidade, elaborando um juízo sobre o passado (juízo de culpabilidade), atendendo à gravidade objetiva do delito, antecedentes e personalidade do agente, sua conduta social anterior, motivos determinantes do fato e suas consequências (art. 59, I e II). Depois, num segundo momento, atendendo ao princípio preventivo da pena, faz um juízo sobre o futuro, levando em conta a finalidade preventiva da sanção penal, considerando a personalidade do agente, sua conduta posterior ao fato etc., fixando o regime inicial de cumprimento e, se for caso, aplicando o sistema das penas substitutivas (incs. III e IV).

O art. 59, ao contrário do primitivo art. 42 do CP, não faz referência à intensidade do dolo e ao grau da culpa como critérios de fixação de pena. Isso se deve a constituírem, na reforma de 1984, elementos do tipo e não da culpabilidade.

4. FASES DA FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Na doutrina penal brasileira duas opiniões sempre estiveram em evidência na questão das fases de fixação da pena: de Nélson Hungria e Roberto Lyra.

Opinião de Nélson Hungria:

Para a fixação da pena, o juiz deve considerar inicialmente as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, para depois levar em consideração as circunstâncias legais genéricas agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66), e finalmente aplicar as causas de aumento ou diminuição da pena, previstas na Parte Geral ou Especial do CP³.

3. *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1977, v. 5, p. 476 e 477; Conclusão n. X da 1.^a Conferência dos Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro, em julho de 1943, aprovada por 23 votos contra 17; Espínola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro*, Borsoi, 1960, v. 9, p. 199 e s.

Assim, para Nélson Hungria, são três as fases de fixação da pena:

1.^a) O juiz fixa a pena-base levando em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*. Pena-base, para Nélson Hungria, é o *quantum* encontrado pelo juiz com fundamento nas circunstâncias judiciais, abstraindo as circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes) e as causas de aumento ou de diminuição.

2.^a) Encontrada a pena-base, o juiz aplica as agravantes e atenuantes dos arts. 61, 62 e 65.

3.^a) Sobre a pena fixada na segunda fase, o juiz faz incidir as causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Geral ou Especial do CP. É claro que só existe a terceira fase quando houver causa de aumento ou de diminuição aplicável ao caso concreto.

A primeira operação é realizada em consideração à *pena abstrata* (pena cominada na Parte Especial do CP, como, p. ex., a do art. 121, *caput*, que varia entre seis a vinte anos de reclusão). Nas operações subsequentes, a agravação ou atenuação é feita sobre a quantidade da pena fixada na operação anterior. Por meio das três operações (fases), o juiz fixa a *pena concreta* (pena imposta pelo juiz na sentença).

Opinião de Roberto Lyra:

O juiz atenderá “aos antecedentes e à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime (art. 59) e, de modo especial, às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62 e 65. Formada a sua convicção pela livre apreciação da prova (CPP, art. 155, *caput*, com redação dada pela Lei n. 11.690, de 9-6-2008), o juiz, dominando o conjunto da realidade, sem cisões nem etapas, fixará a pena” (a pena-base). “Feita, assim, a fixação, verificará o juiz, tanto na Parte Geral, como na Especial, se ocorrem causas de aumento ou diminuição da pena... Se não ocorrem tais causas, está concluída a sentença. Se ocorrem, o aumento ou a diminuição se faz sobre a pena já fixada”⁴.

Para Roberto Lyra, a fixação da pena concreta pode ser desenvolvida em duas fases:

1.^a) O juiz fixa a pena-base considerando as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, e as legais genéricas (agravantes e atenuantes) dos arts. 61, 62, 65 e 66. Pena-base, para ele, é a aplicada pelo juiz com fundamento nos arts. 59, *caput*, 61, 62, 65 e 66, abstraindo as causas de aumento ou de diminuição da sanção penal.

4. *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1958, v. 2, p. 188 e 189.

2.^a) Sobre a pena-base incidem as causas de aumento ou diminuição da sanção previstas na Parte Geral ou Especial do CP. É claro que não é necessária a segunda fase quando não houver causa de aumento ou de diminuição.

Divergem as opiniões porque Nélson Hungria não incluía as agravantes e atenuantes na expressão “circunstâncias” previstas no art. 59, *caput*. Para Roberto Lyra, ao contrário, a expressão abrange as circunstâncias qualificativas e as atenuantes, além das judiciais.

A opinião de Roberto Lyra era a mais aceita pela doutrina.

Argumenta-se que as três operações preconizadas por Nélson Hungria podem levar o juiz a considerar duas vezes a mesma circunstância. É o caso de o agente cometer o delito por motivo torpe. O juiz, na fixação da pena-base (primeira operação), teria de levar em conta o *motivo* (art. 59, *caput*). Após, na segunda operação, deveria considerar outra vez o mesmo motivo, por força do disposto no art. 61, II, *a*, pois as circunstâncias agravantes são obrigatórias.

Se o Direito Penal moderno tem por princípio fundamental a individualização da pena, e se é obrigatória sua motivação *pormenorizada* na sentença, entendemos que a tríplice operação atende ao interesse de o réu saber por que o juiz fixou determinada quantidade. As três fases não prejudicam o réu, mas, ao contrário, permitem que analise, em etapas sucessivas, por que o juiz chegou a condená-lo a determinada pena. Quanto mais pormenorizada a sentença, mais se atende ao reclamo de individualização da sanção penal. O argumento segundo o qual o juiz poderia levar em conta duas vezes a mesma circunstância não nos parece correto. Basta que o juiz, ao fundamentar a sentença nos termos do art. 59, *caput*, deixe de levar em conta o motivo torpe, no exemplo dado, considerando-o na segunda fase, ao verificar a existência de circunstâncias agravantes. Não nos parece que o art. 59, *caput*, no caso apontado, exija *também* a agravação da pena em decorrência da torpeza do motivo determinante. Assim, inclinamo-nos pela opinião de Nélson Hungria.

O CP, no art. 68, *caput*, adotou o sistema de Nélson Hungria: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Realizada a preferência em relação às sanções alternativamente impostas *in abstracto* (art. 59, I), o juiz passa à fixação da pena preferida (art. 59, II e IV), nos termos das três fases que apresentamos. De ver, entretanto, que o novo sistema apresenta uma quarta fase: a da eventual substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa (CP, art. 59, IV).

Em face de uma circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação de seu efeito é obrigatória. Isso porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo. Suponha-se que o juiz, atendendo ao art. 59, *caput*, fixe a pena no mínimo (pena-base). Na segunda operação, encontra uma atenuante. A pena não pode ser inferior ao mínimo legal. Suponha-se que o juiz aplique a pena-base no máximo. Se encontra uma circunstância qualificativa dos arts. 61 e 62, a pena não pode ultrapassar o máximo.

Vê-se que o advérbio “sempre” dos arts. 61 e 65 não indica obrigatoriedade em todos os casos.

Quanto às frações da pena privativa de liberdade que devem ser desprezadas, *vide* estudo a respeito do art. 11 do CP.

5. MECANISMO DA IMPOSIÇÃO DAS PENAS

Cumprindo ao juiz, na sentença condenatória, determinar o regime de início de cumprimento da pena e atendido ao princípio das penas substitutivas, devem ser observadas as seguintes regras:

a) crimes dolosos:

1.^a) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, pode ser substituída por pena restritiva de direitos, desde que:

a) o réu não for reincidente em crime doloso;

b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (art. 44, I a III, do CP);

2.^a) na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2.º);

3.^a) fixada a pena privativa de liberdade entre um e quatro anos, não sendo reincidente o condenado, inicia o seu cumprimento em regime aberto (art. 33, § 2.º, c); o reincidente inicia o cumprimento em regime fechado;

4.^a) se a pena é superior a quatro anos e não excede a oito, o início de seu cumprimento se dá em regime semiaberto, desde que não seja reincidente o condenado (art. 33, § 2.º, b); cuidando-se de reincidente, em regime fechado;

5.^a) se a pena é superior a oito anos, seu cumprimento inicia-se no regime fechado (art. 33, § 2.º, a);

b) crimes culposos: qualquer que seja a quantidade da pena privativa de liberdade, pode ser substituída por restritiva, desde que presentes condições pessoais do condenado, nos termos do art. 44, I, II e III, do Código Penal, com redação da Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Observações:

1.^a) não sendo possível a substituição das penas de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana pela sua inexequibilidade diante das condições da Comarca, o juiz deve conceder *sursis* ao réu, nos termos e nas condições do parágrafo único do art. 3.º da Lei n. 7.209, de 11-7-1984, que instituiu a reforma da Parte Geral do CP;

2.^a) a concessão do *sursis* está condicionada, quando cabível, à inconveniência de ser substituída a pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos (CP, art. 77, III). Assim, cabível a aplicação, por substituição, de uma pena restritiva de direitos, o juiz deve impor esta e não conceder o *sursis*.

Nos termos do art. 33, *caput*, do CP, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção em regime semiaberto ou aberto.

O § 2.º, *c*, do mesmo dispositivo, diz que “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”. Suponha-se que um sujeito, condenado anteriormente por lesão corporal dolosa, com sentença transitada em julgado, dois anos depois venha a sofrer pena de um mês e dez dias de detenção por injúria. À primeira vista, de acordo com o sistema, deverá, em face da reincidência, cumprir a pena em regime fechado. Não é cabível o *sursis* por ser reincidente em crime doloso (art. 77, I). A detenção, pela mesma razão, não pode ser substituída pela pena restritiva de direitos (art. 44, II). Por fim, não se admite, pelo mesmo motivo, o cumprimento da pena em regime aberto (art. 33, § 2.º, *c*). A solução, porém, mostra-se injusta, uma vez que iríamos encarcerar junto a homicidas e assaltantes alguém que, em tese, pode não oferecer nenhuma periculosidade e apresentar escassa culpabilidade. Diante do conflito que existe entre o art. 33, *caput*, que não prevê o início do cumprimento da detenção em regime fechado, para ela admitindo os regimes semiaberto ou aberto, e o § 2.º, *c*, que determina na hipótese o regime fechado, de prevalecer a primeira norma, concedendo-se, presentes outros requisitos legais, o cumprimento da pena em regime aberto.

6. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

Diz o art. 67 que “no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

É possível que o fato apresente circunstâncias qualificativas e atenuantes. O juiz deve dar preponderância às de natureza subjetiva, calcadas na personalidade do agente e nos motivos determinantes da prática da infração. Se as circunstâncias se equivalem, uma neutraliza o efeito agravador ou atenuador da outra.

A menoridade prepondera sobre todas as outras circunstâncias, inclusive sobre a reincidência.

7. CONCURSO DE CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO. CONCURSO DE QUALIFICADORAS

O art. 68, parágrafo único, determina que “no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial” (do CP), “pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”.

Quando concorrem no fato várias causas de aumento ou de diminuição da pena previstas na Parte Especial do CP, o juiz pode aplicar uma delas, dando preferência à que mais aumente ou diminua. Ex.: crime de incêndio (CP, art. 250, *caput*), com duas causas de aumento de pena (arts. 250, § 1.º, e 258, 1.ª parte). Embora o parágrafo empregue a expressão “pode”, a aplicação de uma só causa de aumento ou de diminuição é obrigatória, desde que presentes os requisitos legais. Quando há concorrência de causas de aumento ou de diminuição da pena previstas na Parte Geral, desde que obrigatórias, o juiz não pode aplicar uma só, pois a norma determina, *a contrario sensu*, que não podem ser dispensadas. Neste caso, recomendava Roberto Lyra que devem ser comutadas “em tal ordem e de tal maneira que não conduzam a absurdo, cuja atribuição ao legislador é vício de hermenêutica”⁵.

5. Ob. cit., p. 414.

Se concorrem duas causas de aumento, uma prevista na Parte Geral e outra na Parte Especial do CP, o juiz deve proceder ao segundo aumento não sobre a pena-base, mas sobre o *quantum* já acrescido na primeira operação.

Ex.:

O sujeito pratica, em continuação, vários crimes de furto noturno (CP, art. 155, § 1.º). Em primeiro lugar, o juiz fixa a pena-base, tendo em vista as circunstâncias judiciais e legais genéricas. Suponha-se que aplique a pena mínima, 1 ano de reclusão. Após, acresce um terço (causa de aumento de pena em face de o fato ter sido cometido durante o repouso noturno). Total: 1 ano e 4 meses de reclusão. Por último, sobre essa pena faz incidir o aumento pela continuação (art. 71 do CP).

No concurso de qualificadoras previstas no mesmo tipo penal, aplica-se uma só, servindo a outra de circunstância judicial de agravamento da pena. Assim, se o sujeito comete furto com destruição de obstáculo à subtração da coisa e mediante concurso de agentes (CP, art. 155, § 4.º, I e IV), sofre uma só pena de reclusão, de 2 a 8 anos, além de multa. A segunda qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial de exasperação da pena, nos termos do art. 59, *caput*, do CP, ingressando na expressão “circunstância” empregada no texto. Entendemos que a segunda qualificadora não pode ser considerada agravante, uma vez que nem sempre corresponde a alguma circunstância prevista nos arts. 61 e 62 do CP.

8. EXEMPLOS DE FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

1.º) O agente pratica um crime de lesão corporal leve (art. 129, *caput*) por motivo fútil (art. 61, II, *a*, 1.ª figura). Operações:

- a*) o juiz fixa a pena-base nos termos do art. 59, *caput*;
- b*) sobre a pena-base, faz incidir a agravante genérica.

2.º) O agente, menor de 21 anos (e maior de 18), pratica um crime de calúnia (art. 138) mediante paga (art. 141, parágrafo único). Operações:

- a*) o juiz fixa a pena-base com fundamento nas circunstâncias judiciais (art. 59, *caput*);
- b*) sobre a pena-base, faz incidir a atenuante genérica (art. 65, I);
- c*) aplica em dobro a pena concretizada na alínea anterior (art. 141, parágrafo único).

3.º) O agente comete tentativa de furto simples (art. 155, *caput*), prevalecendo-se de relações domésticas. Operações:

a) o juiz fixa a pena-base em face do art. 59, *caput*;
b) faz incidir a agravante genérica sobre a pena-base (art. 61, II, *f*, 2.^a figura);

c) diminui a pena encontrada de um a dois terços (art. 14, parágrafo único).

4.º) O agente pratica uma tentativa de homicídio privilegiado (art. 121, § 1.º) contra a esposa. Operações:

a) fixação da pena-base, levando-se em conta as circunstâncias judiciais;

b) incidência sobre a pena-base da circunstância agravante (art. 61, II, *e*, última figura);

c) faculdade de redução da pena fixada na alínea anterior de um sexto a um terço (art. 121, § 1.º). Fixada a pena, o juiz a reduz de um a dois terços (art. 14, parágrafo único).

5.º) O agente comete um crime de roubo próprio com emprego de arma (art. 157, *caput*, e § 2.º, I, 2.^a figura), em ocasião de incêndio (art. 61, II, *j*, 1.^a figura); após, confessa a autoria (art. 65, III, *d*). Operações:

a) fixação da pena-base diante das circunstâncias judiciais;

b) preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante ocasional (por ocasião de incêndio), diminuindo a pena;

c) incidência da causa de aumento de pena (art. 157, § 2.º, I, última figura).

6.º) O agente pratica tentativa de furto durante o período de repouso noturno (art. 155, § 1.º). Operações:

a) analisando as circunstâncias judiciais, o juiz fixa a pena-base;

b) sobre a pena-base, faz incidir a causa de aumento de pena (art. 155, § 1.º). Após, diminui a sanção privativa de liberdade em face da tentativa (art. 14, parágrafo único).

Fixada a pena privativa de liberdade, pode o juiz, se caso, substituí-la pela restritiva de direitos (art. 54) ou multa (art. 44, § 2.º, com redação da Lei n. 9.714, de 25-11-1998).

9. FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA

Nos termos do art. 60, *caput*, “na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”. Reza o § 1.º que “a

multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”.

O CP de 1940, tendo adotado o sistema da cominação abstrata da multa, previa uma só operação em sua fixação. Consistente no pagamento da quantia imposta na sentença (art. 35, *caput*), atendia o juiz, dentro do mínimo e do máximo abstrato, principalmente à situação econômica do réu (art. 43, *caput*). Por isso, não eram levadas em conta as circunstâncias judiciais do antigo art. 42, *caput*: antecedentes e personalidade do agente, intensidade do dolo e grau da culpa, motivos, consequências do crime e circunstâncias inominadas.

No regime da reforma penal de 1984, introduzido o sistema do dia-multa, existem duas operações em sua imposição:

1.^a) fixação da quantidade dos dias-multa: de dez a trezentos e sessenta (art. 49, *caput*);

2.^a) fixação do valor do dia-multa: de um trigésimo do salário mínimo mensal de referência vigente ao tempo do fato a cinco vezes esse salário, *i. e.*, cinco vezes o valor do salário mensal (art. 49, § 1.^o).

O art. 60, *caput*, determina que, “na fixação da pena de multa, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”.

Pergunta-se: o juiz, nas duas operações, deve atender a um só critério, orientando-se pela situação econômica do condenado?

Cremos que não. Se assim fosse, poderia impor a mesma pena de multa a crimes diversos e de gravidade objetiva diferente (observação de Dante Busana, quando Juiz do TACrimSP). Assim, em tese, poderia ser imposta a mesma pena de multa ao autor de um dano simples e ao executor de um latrocínio.

Diante disso, o sistema a ser adotado é o a seguir exposto.

1.^a operação:

No tocante à quantidade dos dias-multa (CP, art. 49, *caput*), que varia entre dez e trezentos e sessenta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, que servem ao juiz de critério de dosagem da pena: culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, gravidade objetiva do crime e circunstâncias inominadas, conforme seja necessário e suficiente para os fins de reprovação e prevenção.

2.^a operação:

O valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com a situação econômica do réu (CP, art. 60, *caput*).

Como ensina Jescheck, abordando o sistema alemão do dia-multa, “na primeira fase o juiz determina, de acordo com os princípios gerais do cálculo da pena, quer dizer, segundo o grau de injusto e de culpabilidade, assim como, segundo as exigências de prevenção geral e especial, o número de dias-multa”. “A segunda fase”, prossegue, “serve para determinar o importe dos dias-multa, segundo as circunstâncias pessoais e econômicas do réu”⁶.

O CP italiano, em seu art. 66, permite que sobre a pena de multa incidam as circunstâncias agravantes. Não temos disposição semelhante, pelo que a multa deve ser fixada nos limites determinados no art. 60, *caput*.

O Código diz que o juiz deve atender, *principalmente*, à situação econômica do réu. Logo, há motivos *não principais* que devem ser considerados, como a avidez e o *animus lucrandi*.

A situação econômica do réu deve ser analisada ao tempo da sentença.

Quando, embora fixada no máximo legal, a quantia se mostra ineficaz, o juiz pode aplicá-la com o aumento de até o triplo.

Quanto às causas de aumento e de diminuição da pena, previstas na Parte Geral e Especial, a nosso ver, têm incidência sobre a multa, sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 60, § 1.º. Assim, no caso da tentativa, em que o art. 14, parágrafo único, prevê causa de diminuição da pena, a redução atinge também a multa, sem prejuízo da redução inicial que o juiz fez quando da fixação da pena privativa de liberdade substituída. De modo que haverá duas reduções: uma na aplicação da pena privativa de liberdade; outra na fixação da multa.

No sistema penal de 1984, o mínimo abstrato da multa é o mesmo, seja o tipo simples ou o qualificado. Ao contrário da legislação anterior, não existe um mínimo abstrato maior para o crime qualificado. Assim, no furto, seja simples ou qualificado, o mínimo é de dez dias-multa.

No tocante às frações que devem ser desprezadas, *vide* estudo a respeito do art. 11 do CP.

A pena privativa de liberdade imposta na sentença, igual ou inferior a um ano, pode ser substituída por multa, nos termos do art. 44, § 2.º, do CP,

6. *Tratado de derecho penal*, parte general, trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. 2, p. 1077 e 1078; *Tratado de derecho penal*, parte general, trad. José Luís Manzanares Samaniego, 4. ed., Granada, Editorial Camares, 1993, p. 707.

com redação da Lei n. 9.714, de 25-11-1998, que revogou o art. 60, § 2.º. O STJ, entretanto, quando impostas cumulativamente multa e pena detentiva em lei especial, entende de forma diferente: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa” (Súmula 171).

Capítulo LVIII

DO CONCURSO DE CRIMES

1. INTRODUÇÃO

Quando duas ou mais pessoas praticam um crime surge o “concurso de agentes” (*concursum delinquentium*). Quando um sujeito, mediante unidade ou pluralidade de ações ou de omissões, pratica dois ou mais delitos, surge o concurso de crimes ou de penas (*concursum delictorum*).

É possível que o fato apresente concurso de agentes e de crimes. É o caso de duas ou mais pessoas, em concurso, praticarem dois ou mais crimes.

O concurso de crimes (ou de penas) não se confunde com o concurso aparente de normas. A concorrência de normas, como vimos, pressupõe:

- a) unidade de fato;
- b) pluralidade de leis definindo o mesmo fato como criminoso.

Quando existe pluralidade de ações, não se fala em conflito aparente de normas penais, pois a questão é de concurso de crimes.

2. POSIÇÃO DA MATÉRIA: CONCURSO DE CRIMES OU DE PENAS?

No CP italiano, o Tít. III trata do crime (“Del reato”). O Cap. III do Tít. III cuida do concurso de crimes (“Del concorso di reati”). Assim, no estatuto peninsular, a questão pertence à teoria do crime. Como dizia Bettiol, o legislador colocou o problema do concurso de crimes em contato imediato com as disposições relativas ao crime em geral, considerando que se trata de um argumento que alcança a teoria geral do ato penal e não somente a pena que deve ser aplicada à pessoa que praticou vários crimes. A questão do concurso de crimes não apresenta unicamente um interesse prá-

tico relativo à sanção: ele acha-se em contato íntimo com as mais relevantes questões dogmáticas que interessam à nossa disciplina. Basta pensar que a teoria da ação se reflete na referida questão, sendo necessário determinar a unidade ou a pluralidade das próprias ações; basta meditar sobre os nexos que intercorrem entre o problema do concurso de crimes e o concurso de normas para concluir que o concurso de crimes não pode ser relegado à teoria da pena, mas deve ser tratado em íntimo contato com a teoria geral da lei penal e do crime¹.

No CP brasileiro a questão é tratada nos arts. 69 a 72, 75 e 76, que pertencem ao Cap. III do Tít. V. Este cuida das penas, sendo que o Cap. III se refere à aplicação da pena. Logo, em nossa legislação a questão pertence à teoria da pena e não do crime. Assim, embora a indicação marginal do art. 72 fale em “concurso de crimes” e a indicação marginal do art. 76 mencione “concurso de infrações”, entre nós a matéria não pertence à teoria geral do crime, mas à teoria geral da pena, no Capítulo da “aplicação da sanção penal”. Em face disso, não nos parece correto falar em *concurso de crimes*, mas em *concurso de penas*.

Na verdade, a questão deveria ser tratada pelo Código na teoria geral do crime, pois são mais relevantes os problemas relacionados com o delito em geral que com a pena em geral. É mais importante estabelecer a forma dos fatos puníveis que estabelecer a quantidade da pena aplicável em caso de concurso, pois a pena pode variar em face de circunstâncias, enquanto a forma dos fatos puníveis é básica, tanto na determinação da figura típica quanto no tocante às condições que modificam a imputação e a responsabilidade². Se o Código determina a aplicação cumulativa das penas no concurso material é porque entende haver *concurso de crimes*. Então, o que é mais importante: o concurso de crimes ou a acumulação material das penas? As penas são somadas exatamente porque há concurso de crimes. Logo, a causa é mais relevante. O Código, porém, entendeu mais importante o efeito, inserindo a questão no Capítulo da “aplicação da pena”. Embora entendamos, em face dos argumentos expendidos, mais correta a expressão *concurso de penas*, diante da colocação do problema pelo nosso CP, empregaremos as duas expressões.

3. SISTEMAS

O sujeito que comete vários crimes deve ser apenado mais severa-

1. *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, Revista dos Tribunais, 1971, v. 2, p. 291 e 292.

2. Luis Carlos Pérez, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1967, t. 2, p. 49.

mente que o autor de um só delito. Como deve ser graduada a pena? Sobre o assunto, há cinco sistemas:

1.º) *Sistema do cúmulo material*: considera que as penas dos vários delitos devem ser somadas. Foi adotado entre nós no concurso material ou real (art. 69, *caput*) e no concurso formal imperfeito (CP, art. 70, *caput*, 2.ª parte).

2.º) *Sistema da absorção*: a pena mais grave absorve a menos grave. Tem o defeito de permitir que o agente rodeie o crime mais grave de infrações de menor gravidade, que ficariam impunes.

3.º) *Sistema da acumulação jurídica*: a pena aplicável não é da soma das concorrentes, mas é de tal severidade que atende à gravidade dos crimes cometidos.

4.º) *Sistema da responsabilidade única e da pena progressiva única*: os crimes concorrem, mas não se acumulam, devendo-se aumentar a responsabilidade do agente ao crescer o número de infrações. É criação de Impallomeni: “Cada novo delito que se realiza não é fonte de uma responsabilidade nova, mas uma causa ulterior agravante da responsabilidade... Se o autor de várias infrações se apresenta no juízo com responsabilidade única, não há cúmulo de responsabilidades penais, mas diversos delitos que atuam como causas concorrentes de uma só incriminação. E se não há cúmulo de delitos, não pode haver cúmulo de penas. A consequência direta disso é que os concorrentes devem ser tratados com unidade de pena, e a unidade de pena é progressiva em razão do número e qualidade dos delitos, tomando como ponto de partida a cominada para o delito mais grave”³.

5.º) *Sistema da exasperação da pena*: aplica-se a pena do crime mais grave, aumentada de um *quantum* determinado. Foi adotado no concurso formal (art. 70) e no crime continuado (art. 71).

4. ESPÉCIES DE CONCURSO

O concurso de crimes (ou de penas) pode ser:

- a) concurso material (art. 69);
- b) concurso formal (art. 70);
- c) crime continuado (art. 71).

As hipóteses de concurso podem ocorrer entre dolosos ou culposos, consumados ou tentados, comissivos ou omissivos.

3. Apud Luis Carlos Pérez, ob. cit., p. 52.

5. CONCURSO MATERIAL

a) Conceito

Ocorre o concurso material quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (art. 69, *caput*).

Os termos *ação* e *omissão* devem ser tomados no sentido de *conduta*. Suponha-se que o agente subtraia uma dúzia de frutas do pomar do vizinho. Cometeu doze atos, mas uma só conduta ou fato. Responde por um só crime de furto. Para que haja concurso material é preciso que o sujeito execute duas ou mais *condutas* (fatos), realizando dois ou mais crimes. Exs.:

- a) o agente ingressa na residência da vítima, furta e comete estupro;
- b) praticado o estupro, o agente mata a vítima a fim de obter a impunidade.

b) Espécies

O concurso material pode ser:

- a) homogêneo: quando os crimes são idênticos;
- b) heterogêneo: quando os crimes não são idênticos.

Os crimes são homogêneos quando previstos na mesma figura típica. Ex.: praticado homicídio contra A, o agente mata B, testemunha do fato.

Os crimes são heterogêneos quando previstos em figuras típicas diversas. Ex.: furto e estupro.

Nas duas espécies de concurso material há duas ou mais violações jurídicas.

c) Aplicação da pena

No concurso material as penas são cumuladas. Nos termos do art. 69, *caput*, quando o agente realiza o concurso real de crimes, “aplicam-se cumulativamente as penas em que haja incorrido”. Assim, se comete furto e estupro, as penas privativas de liberdade devem ser somadas. A duração das penas, entretanto, obedece ao disposto no art. 75: não pode exceder a 30 anos. Tratando-se de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela (art. 69, *caput*, 2.^a parte). Essa recomendação é inútil.

Reconhecido o concurso material e aplicada pena privativa de liberdade em relação a um dos crimes, porém negado o *sursis*, no tocante aos demais não é possível a imposição de pena restritiva de direitos, nos moldes do art. 44, em substituição à detentiva (art. 69, § 1.^o).

Impostas penas restritivas de direitos, as compatíveis entre si devem ser cumpridas simultaneamente; se incompatíveis, sucessivamente (art. 69, § 2.º). Assim, o condenado pode cumprir simultaneamente uma pena de prestação de serviço à comunidade e uma de limitação de fim de semana; não de ser cumpridas, entretanto, sucessivamente, duas penas de limitação de fim de semana.

6. CONCURSO FORMAL

a) Conceito

Ocorre o concurso formal (ou ideal) quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes (art. 70, *caput*). Difere do concurso material pela unidade de conduta: no concurso material o sujeito comete dois ou mais crimes por meio de duas ou mais condutas; no concurso formal, com uma só conduta realiza dois ou mais delitos. Exs.:

a) o agente, com um só tiro ou um golpe só, ofende mais de uma pessoa;

b) num fato automobilístico culposo o agente dá causa à morte de uma pessoa e a lesões corporais em outra.

b) Espécies

O concurso formal pode ser:

a) homogêneo;

b) heterogêneo.

Há concurso formal homogêneo quando os crimes se encontram descritos pela mesma figura típica, havendo diversidade de sujeitos passivos. Ex.: atropelamento culposo com morte de duas ou mais pessoas.

Ocorre o concurso formal heterogêneo quando os crimes se acham definidos em normas penais diversas. Ex.: atropelamento culposo com morte de uma pessoa e ferimentos em outra (homicídio e lesões corporais culposos).

O concurso formal ainda pode ser:

1.º) perfeito (art. 70, *caput*, 1.ª parte);

2.º) imperfeito (2.ª parte).

c) Requisitos

Diverge a doutrina a respeito dos requisitos do concurso formal. Para a teoria subjetiva, exige dois elementos:

- a) unidade de conduta e pluralidade de crimes;
- b) unidade de desígnio⁴.

Para a teoria objetiva, o concurso formal exige:

- a) unidade de comportamento;
- b) pluralidade de crimes.

O CP adotou a teoria objetiva. A questão subjetiva, entretanto, deve ser apreciada na aplicação da pena (CP, art. 70, *caput*, 2.^a parte).

Pode haver concurso formal entre um crime doloso e outro culposos. Exs.: CP, arts. 73, 2.^a parte, e 74.

d) Aplicação da pena

Na aplicação das penas privativas de liberdade, o Código determina duas regras:

- a) se as penas são idênticas, aplica-se uma só, aumentada de um sexto até metade;
- b) se as penas não são idênticas, aplica-se a mais grave, aumentada de um sexto até metade.

Ex.: por meio de conduta culposa, o agente dá causa a um choque automobilístico, vindo a matar duas pessoas: aplica-se a pena do homicídio culposos, aumentada de um sexto até metade.

Cremos que o art. 70, *caput*, do CP, prevê uma causa de diminuição da pena e uma causa de aumento. De diminuição em face de, em vez de haver a soma das penas, aplicar-se uma só delas; e de aumento, de um sexto até metade.

O aumento varia de acordo com o número de crimes cometidos pelo sujeito. Não é necessário que o aumento seja exatamente nos termos determinados pelo CP: de um sexto ou de metade. Dentro do limite máximo e mínimo o Juiz pode aplicar o aumento que lhe parecer acertado. Note-se que o dispositivo fala de aumento de um sexto “até” metade.

Na dosagem da pena, deve esta ser fixada com prudência para que o sujeito não seja prejudicado. Suponha-se que o agente tenha praticado um homicídio simples e uma lesão corporal leve em concurso formal. Aplicado o princípio do concurso ideal, sofreria pena mínima de sete anos de reclusão (seis anos pelo homicídio, mais um sexto previsto no art. 70 do CP). Ora, aplicada a pena de acordo com o concurso material, seria de seis anos de reclusão pelo homicídio e três meses de detenção pela lesão corporal leve (seis

4. Costa e Silva, *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Contasa, 1967, p. 231.

anos e três meses de pena privativa de liberdade). Em face disso, a pena a ser aplicada não pode ser superior à que seria cominada se fosse caso de concurso material. Daí a razão da regra do parágrafo único do art. 70: “não poderá a pena exceder a que seria cabível” pelo princípio do concurso material.

e) Unidade e autonomia de desígnios

O art. 70, *caput*, 2.^a parte, diz que “as penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos”. Suponha-se que o agente, com um só projétil de revólver, mate dolosamente duas pessoas. Há unidade de conduta e autonomia de desígnios (dirigidos à morte das duas pessoas). Neste caso, o concurso continua sendo formal, mas, na aplicação da pena, manda o Código que seja realizada com base na regra do concurso material: as penas devem ser somadas. No exemplo, devem ser somadas as penas dos dois homicídios dolosos.

Que se entende por “desígnios autônomos”?

Fixemos os conceitos de “unidade de desígnio” e “autonomia de desígnios”.

Há unidade de desígnio, ensinava Remo Pannain, quando “resulta de um complexo de linhas representativas das várias infrações, que se harmonizam na identidade do fim”, de modo que “cada uma perde a sua autonomia para parecer um fragmento do todo”⁵, como se cada crime constituísse fase de execução de um só comportamento delituoso. Como diz Domenico Pisapia, as várias violações se apresentam como unidade na consciência do agente na fase ideal ou intelectual, que precede à volitiva, abraçando as diversas condutas numa substancial unidade psicológica e jurídica. Assim, as diversas ações ou omissões se apresentam à consciência do sujeito como um fato único, mesmo se fraccionando na execução⁶. Desígnio, observava Manzini, “é um programa ou plano de ações ou de omissões, firme, determinado e concreto, que não resulta apenas da coordenação de uma série de ideias substanciais, mas que pressupõe ainda a escolha dos meios para conseguir um determinado fim e o prévio conhecimento das condições objetivas e subjetivas nas quais deverá desenvolver-se a atividade delituosa”⁷. Para Bettiol, é decisivo o elemento intelectual no conceito de desígnio crimino-

5. *Manuale di diritto penale*, trad. José Nildo Borelli, Torino, UTET, p. 491.

6. *Istituzioni di diritto penale*, trad. José Nildo Borelli, Padova, CEDAM, 1965, p. 234.

7. *Trattato*, trad. José Nildo Borelli, Torino, UTET, 1950, v. 2, p. 647.

so, “devendo ele ser entendido como um plano, um programa que o agente ideou e que pretende realizar sucessivamente em tempos e em lugares diversos, ainda que em prejuízo de pessoas diversas”⁸.

No concurso formal perfeito (CP, art. 70, *caput*, 1.^a parte), dizia Aníbal Bruno, “à unidade do comportamento externo deve corresponder a unidade interna da vontade. O agente deve ter em vista um só fim. Para usar a expressão do Código, não deve haver para os vários crimes desígnios autônomos. O que resulta decisivo é realmente o elemento psíquico, o ato de vontade do agente. Se este impulso volitivo é um só, podem ser muitos os seus efeitos antijurídicos, a ação é única, porque só o resultado relacionado com o querer criminoso vem integrar a sua estrutura”. E finalizava: “Essa relação entre a vontade de quem atua e os vários efeitos provocados é o que falta no concurso formal que podemos chamar perfeito, e o que justifica no concurso formal imperfeito, o de múltiplos desígnios, o acúmulo das penas”⁹.

Ao contrário, há desígnios autônomos, na lição de Roberto Lyra, na hipótese de “múltipla ideação e determinação da vontade, com diversas individualizações. Assim, os vários eventos não são um só perante a consciência e a vontade, embora o sejam externamente”¹⁰. Ocorre a autonomia de desígnios quando o sujeito pretende praticar não só um crime, mas vários, tendo consciência e vontade em relação a cada um deles, considerado isoladamente. Assim, o sujeito pode estuprar com dupla finalidade: satisfazer o instinto sexual e transmitir doença venérea de que está contaminado à vítima. Com uma só conduta, realiza dois fins. Estes “não são um só perante a consciência e vontade” do sujeito, “embora o sejam externamente”. A conduta, externamente considerada, é única. O elemento subjetivo, entretanto, não se pode dizer “unitário”, em face da diversidade de finalidade.

7. CRIME CONTINUADO

a) Conceito

Ocorre o denominado crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (art. 71, *caput*)¹¹.

8. *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, v. 2, p. 321.

9. *Direito penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 1, t. 2, p. 292 e 293.

10. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 2, p. 437, n. 71.

11. Sobre o tema, abordando todos os assuntos aqui estudados, v. Manoel Pedro Pimentel, *Do crime continuado*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1969.

Há duas teorias a respeito da conceituação do crime continuado:

a) teoria objetivo-subjetiva: o crime continuado exige, para a sua identificação, além de determinados elementos de ordem objetiva, outro de índole subjetiva, que é expresso de modos diferentes: unidade de dolo, unidade de resolução, unidade de desígnio;

b) teoria puramente objetiva: dispensa a unidade de ideação e deduz o conceito de condutas continuadas dos elementos exteriores da homogeneidade.

O CP aceitou a teoria puramente objetiva. Como se vê no art. 71, *caput*, é suficiente que os crimes da mesma espécie apresentem semelhança em seus elementos objetivos de tempo, lugar, maneira de execução etc. Cumpre observar, contudo, que dificilmente o juiz, para afastar o concurso material de delitos e reconhecer o nexo de continuidade entre eles, deixará de apreciar o elemento subjetivo do agente. Por isso, adotamos a teoria objetivo-subjetiva.

b) Requisitos

São requisitos do crime continuado:

a) pluralidade de condutas;

b) pluralidade de crimes da mesma espécie;

c) continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas; e

d) unidade de desígnio.

c) Crimes da mesma espécie

Crimes da mesma espécie são os previstos no mesmo tipo penal, *i. e.*, aqueles que possuem os mesmos elementos descritivos, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas. Nélson Hungria falava em “identidade de conteúdo específico de cada crime, admitindo-se” “a continuação entre formas simples e qualificadas, tentadas e consumadas”¹². René Ariel Dotti fala em “preceito sancionador, com seus tipos fundamentais, qualificados e privilegiados”¹³. O intérprete deve verificar a figura típica, a figura abstrata de Direito Penal (expressão de Soler),

12. *Novas questões jurídico-penais*, Rio de Janeiro, 1945, p. 99.

13. Revisão do crime continuado. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, 12(12):183, 1969.

o tipo incriminador central, o tipo fundamental, que possui as *elementares* do crime. Crimes da mesma espécie são os que possuem essas *elementares*, não importando que os delitos componentes sejam tentados ou consumados, simples, privilegiados ou qualificados. Note-se que o legislador usa a expressão “crimes da mesma espécie” e não “crimes do mesmo gênero”. Assim, furto e apropriação indébita, embora delitos do “mesmo gênero” (contra o patrimônio), não são da “mesma espécie”. Entre eles, por isso, não pode haver continuação.

d) Homogeneidade das circunstâncias

O CP exige que haja semelhança entre as circunstâncias “de tempo, lugar, maneira de execução e outras” condições dos fatos concretos dos crimes componentes da continuação.

Para a configuração do crime continuado, não é suficiente a satisfação das circunstâncias objetivas homogêneas, sendo de exigir-se além disso que “os delitos tenham sido praticados pelo sujeito aproveitando-se das mesmas relações e oportunidades ou com a utilização de ocasiões nascidas da primitiva situação”. Essa orientação constitui corrente que surgiu no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo em reação à posição jurisprudencial liberal quanto ao conceito de crime continuado, principalmente quanto à unificação de pena. Integrou o movimento que se notou no Tribunal no sentido de restringir o benefício do nexo de continuidade. Os fundamentos dessa posição foram assim resumidos pelo Juiz Dínio Garcia, no seguinte voto vencedor, a 13-4-1975: “Tendo a legislação penal vigente adotado a teoria objetiva dos penalistas alemães, é insuficiente, para o reconhecimento de continuidade, serem as infrações da mesma espécie, obedecerem ao mesmo *modus operandi* e serem próximas no tempo e no espaço. Para o reconhecimento da continuidade é indispensável que os delitos sejam perpetrados mediante o aproveitamento das mesmas relações e oportunidades ou com a utilização de ocasiões nascidas da primitiva situação. Em suma: é imprescindível que o infrator tenha agido num único contexto ou em situações que se repetem ao longo de uma relação que se prolongue no tempo. Nisto reside a essência da continuidade da qual são sintomas, e nada mais que sintomas, as conexões espacial e temporal, e a homogeneidade do *modus operandi*. Inadmissível é a outorga do benefício quando se trata de casos em que estão patentes a *perseveratio in crimine* ou a *consuetudo delinquendi*, sobretudo porque tais circunstâncias constituem motivo não do abrandamento da pena, mas sim do seu agravamento, como indícios de periculosidade e da incapacidade de adaptação à ordem legal”. Na mesma revisão criminal o Juiz Geraldo Gomes, em declaração de voto, expôs a distinção entre reiteração criminosa e crime continuado: “Não se pode confundir delito continuado com delito repetido.

O traço característico que informa o delito continuado é o de poder ser ele objetivamente considerado como autêntica continuação dos anteriores, além de reunir todos aqueles outros pressupostos legais da conexão temporal, espacial, modo de execução etc. Essencial ou fundamental é aquele critério da continuidade. Os demais requisitos legais se constituem *accidentalialia*. Exemplos típicos da continuidade delitiva podem ser lembrados como o do agente que durante sua relação de emprego furta várias vezes o mesmo patrão em valores ínfimos que, porém, somados, atingem cifras elevadas. Ou daquele que numa só noite furta vários escritórios de um mesmo edifício. A doutrina alemã em que se abeberou nossa lei estabelece que se dá o crime continuado quando as infrações similares são cometidas mediante o aproveitamento das mesmas relações e oportunidades (Mezger, Ebermayer, Reinhart, Schönke e Schroeder — *apud* Rec. 68.761, SP). Assim, também, o entendimento de Von Liszt (*Dir. Penal Alemão*, trad. Duarte Pereira, 1889, t. I, pág. 386). Este tratadista figura o caso do adultério onde, em sucessivas noites, se pratique a relação ilícita (lembre-se que, desde 2005, o adultério deixou de ser considerado fato penalmente típico à luz da legislação pátria). É verdade que uma corrente mais liberal tem ampliado a conceituação do delito continuado. Contudo, a jurisprudência mais recente já vem retomando o caminho mais ortodoxo, na referida conceituação para que se não a ponha em confusão com conceitos atinentes à reincidência e habitualidade. Aliás, o critério da corrente liberal paradoxalmente esbarra no conceito da impunidade, com repercussão até no campo prescricional. Visualiza-se, não poucas vezes, uma cadeia indefinida e interminável de infrações, até mesmo se possibilitando a que marginais astutos assumam a paternidade de crimes que não cometeram para se estabelecer o nexu temporal pretendido e até com vantagem para o verdadeiro autor do crime. Quando se aquilata que a pena por dois roubos qualificados com penas mínimas (5 anos e 4 meses) somariam 10 anos e 8 meses, a inclusão de permeio de um terceiro crime, com o aumento de 1/6 pela continuidade daria 6 anos e 2 meses, verifica-se o desajuste da continuação em sistema liberal”.

Na conexão temporal (condição de tempo) a jurisprudência dominante nos Tribunais de São Paulo exige que os crimes não tenham sido cometidos em período superior a um mês (entre um e outro).

No que concerne ao fator espacial, é dominante nos Tribunais paulistas o entendimento de admitir continuação entre crimes cometidos em cidades próximas (São Paulo-Osasco; Bauru-Barra Bonita; Araçatuba-Birigui etc.).

e) Natureza jurídica

Há três teorias a respeito da natureza do crime continuado:

- a) *teoria da unidade real*: os vários delitos formam crime único;
- b) *teoria da ficção jurídica*: o legislador presume a existência de um só crime;
- c) *teoria mista*: vê no crime continuado um terceiro delito, negando a unidade ou a pluralidade de violações jurídicas.

Por medida de Política Criminal, é aceita a teoria da ficção jurídica. Embora haja pluralidade de crimes, a lei presume a existência de crime único. Essa presunção, entretanto, só tem relevância na aplicação da pena. Para outros efeitos o delito continuado é considerado forma de concurso de crimes.

f) Aplicação da pena

O crime continuado pode ser:

- 1.º) simples (art. 71, *caput*); e
- 2.º) qualificado (parágrafo único).

Na aplicação da pena, o Código determina duas regras quanto ao tipo simples:

- a) se as penas são idênticas, aplica-se uma só, com o aumento de um sexto a dois terços;
- b) se as penas são diversas, aplica-se a mais grave, aumentada de um sexto a dois terços.

Cremos que o art. 71 do CP prevê uma causa de diminuição e uma de aumento da pena. De diminuição porque, em vez de haver soma delas, uma só é aplicada; e há o aumento de um sexto a dois terços.

Não é preciso que a sentença aplique o aumento da pena nos exatos termos determinados pelo CP: ou de um sexto ou de dois terços. Dentro do limite mínimo e máximo do aumento o juiz pode impor o acréscimo que lhe parecer correto. Note-se que o dispositivo fala em aumento de um sexto “a” dois terços. E o aumento varia de acordo com o número de crimes.

Na forma qualificada, o aumento é de um sexto até o triplo (art. 71, parágrafo único).

Nada impede que entre dois ou mais delitos componentes da continuação haja concurso formal. Nesse caso, incide um só aumento de pena, o do delito continuado, prejudicado o do art. 70 do CP.

g) Bem jurídico pessoal: unidade ou pluralidade de sujeito passivo

Diverge a doutrina a respeito da unidade ou diversidade de sujeito passivo no crime continuado, havendo duas posições:

1.^a) *Não se admite nexo de continuidade quando os crimes, atingindo bens jurídicos pessoais, são praticados contra vítimas diversas.*

É a posição que adotamos (não a do CP).

O CP vigente adotou a teoria objetiva a respeito do crime continuado. Essa teoria, de origem germânica, afirma que um dos requisitos do crime continuado é a identidade do ofendido, cuidando-se de interesses jurídicos pessoais, como a vida, a saúde, a honra etc. Exigindo unidade do bem jurídico lesado e, nesses casos, sendo o bem somente lesado na pessoa do respectivo titular, não é possível, tratando-se de diversas pessoas, que a lesão praticada contra uma seja continuação da cometida contra outra. O bem jurídico é ofendido de maneira descontínua, de modo que não se pode falar em continuação. A morte de A não pode ser continuação da morte de B. Embora o Código tenha adotado a teoria objetiva, que não exige a unidade de desígnio, dificilmente o juiz pode concluir pela existência do nexo de continuidade sem verificar o elemento subjetivo do agente. Por isso, enquanto nos crimes que ofendem interesses impessoais a unidade ou diversidade de sujeito passivo é indiferente ao agente (ex.: vários furtos), nos delitos que lesam bens pessoais, havendo várias vítimas, a passagem de uma lesão a outra opera também uma mudança na resolução delituosa. Assim, não é admissível a relação de continuidade. A questão limita-se em saber se a unidade de desígnio subsiste à mesma quando há várias vítimas ou se o elemento subjetivo é dividido em tantos desígnios quantos sejam os ofendidos. Ficam de fora os crimes que, *a priori*, excluem a unidade de desígnio, que são os que atentam contra bens personalíssimos. Não é crível que aquele que comete vários estupros contra vítimas diversas seja levado por força de um mesmo desígnio delituoso. Aquele que mata várias pessoas pode ser levado pelo mesmo motivo, mas não se pode dizer que agiu de acordo com o mesmo desígnio criminoso. “À pluralidade de bens violados corresponde uma pluralidade de infrações jurídicas e, portanto, um concurso material de delitos”¹⁴.

2.^a) *Admite-se nexo de continuidade entre crimes que lesam interesses jurídicos pessoais, ainda que praticados contra vítimas diversas.*

Diante do critério objetivo puro, de origem germânica, tem capital importância a homogeneidade do bem jurídico para a configuração do crime continuado. Assim, quando o bem jurídico é pessoal e há diversidade de ofendidos, não há crime continuado. Essa orientação, em princípio, de acordo com essa corrente jurisprudencial, seria válida entre nós, uma vez

14. RT, 414:91.

que o CP adotou a teoria objetiva pura. De ver, porém, que o julgador, na apreciação prática do preceito do art. 71, *caput*, do CP, não pode dispensar uma verificação subjetiva da forma de execução do crime. Em consequência, surge a possibilidade de haver crime continuado mesmo diante de várias vítimas de ofensas a bens personalíssimos.

O CP vigente adotou a segunda posição. A circunstância de os delitos componentes atingirem bens jurídicos pessoais não impede a continuação. Entretanto, cumpre observar o disposto no parágrafo único do art. 71: “nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”. Cometidos os delitos violentos e da mesma espécie contra a mesma vítima, aplica-se o *caput* do art. 71; contra ofendidos diversos, o parágrafo único.

Assim, admite a reforma penal nexo de continuidade entre homicídios, lesões corporais ou roubos contra vítimas diversas, podendo o juiz, de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, aumentar a pena de um dos delitos até o triplo, observados dois princípios: a pena não pode ser superior à que seria imposta se o caso fosse de concurso material e o seu cumprimento não poderá ser superior a trinta anos.

8. APLICAÇÃO DA MULTA

Nos termos do art. 72 do CP, “no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente”.

O dispositivo significa que a multa, em sua aplicação, não se sujeita às regras previstas para o concurso formal e o crime continuado. Assim, se o sujeito pratica vários furtos em continuação, as penas de multa devem ser somadas, não se aplicando o disposto no art. 71, *caput*.

9. LIMITE DAS PENAS

O art. 75, *caput*, do CP, diz que “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos”. O art. 10 da LCP determina que “a duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a cinco anos”.

Note-se que o Código não diz que “as penas privativas de liberdade não podem ser superiores a trinta anos”, mas sim que seu cumprimento não pode exceder ao limite legal. Assim, nada obsta a que o agente, num ou em vários processos, seja condenado a tempo superior: a duração da execução da pena é que não pode ser superior a trinta anos.

Vindo o sujeito a ser condenado a penas privativas de liberdade com soma superior a trinta anos “devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo” legal (art. 75, § 1.º). Esse limite, entretanto, não se aplica ao livramento condicional e a outros institutos, como remição, comutação etc. De modo que, condenado a mais de trinta anos de prisão, não é suficiente que o recluso cumpra quinze para obter o benefício.

E se o agente, cumprindo pena de trinta anos de reclusão, vem a cometer novo delito, sendo outra vez condenado?

Na 1.^a Conferência de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro, em 1943, saiu vencedora a opinião de Nélson Hungria: “Em caso algum poderá a duração das penas privativas de liberdade exceder de 30 anos; verificada nova condenação, o restante da primeira pena é acrescido à pena posteriormente imposta, mas de sorte que a sua soma não ultrapasse a 30 anos”¹⁵. Suponha-se que o sujeito, cumprindo pena de 30 anos de reclusão, viesse a ser condenado a 30 anos por novo crime após ter cumprido 20 anos. Teria de cumprir 20 anos de reclusão em relação à nova pena. A construção é hábil, mas não escapou à crítica de Basileu Garcia e Magalhães Noronha. “Uma vez aceita”, observa Basileu Garcia, “não evitaria que ficasse sem pena adequada o delinquente, condenado a 30 anos de reclusão, que perpetrasse outro homicídio logo no início de seu encarceramento.” “Mude-se o caso”, afirmava Magalhães Noronha, “supondo-se que o segundo crime ocorra logo nos primeiros dias da primeira condenação. Agora, a pena desta — 29 anos, 11 meses e dias — não poderia ser acrescida à segunda de 30 anos, pois sua soma daria quase 60 anos. Todavia, se isso se fizer, ter-se-á de antemão assegurado a impunidade ao reincidente, por todos os crimes que cometer, num presídio, desde que esteja condenado a 30 anos”. Dando solução ao problema, arrematava Basileu Garcia: “Convém que o texto seja corrigido. E a maneira de emendá-lo é facultar a imposição de um acréscimo penal, sobre o limite fixado, para o caso de crime cometido supervenientemente a condenação irrecorrível”¹⁶.

15. *Anais da 1.ª Conferência de Desembargadores*, p. 207.

16. Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, Max Limonad, 1980, v. 1, t. 2, p. 603; Magalhães Noronha, *Direito penal*, Saraiva, 1980, v. 1, p. 292 e 293.

O CP vigente, no art. 75, § 2.º, adotou a regra de Nélson Hungria: “sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido”.

Na verdade, o princípio concede impunidade ao sujeito que, condenado a 30 anos de pena privativa de liberdade, venha a cometer novas infrações no começo de seu cumprimento.

E se o crime foi cometido antes do início do cumprimento da pena?

Aplica-se o art. 75, *caput* e § 1.º.

10. CONCURSO DE CRIME E CONTRAVENÇÃO

No concurso de infrações, determina o art. 76 do CP, “executar-se-á primeiramente a pena mais grave”.

Significa que, havendo concurso entre crime e contravenção, a prisão simples, imposta cumulativamente com detenção ou reclusão, é executada por último.

Capítulo LIX

DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA EXECUÇÃO DA PENA (*SURSIS*)

1. EXPLICAÇÕES PRELIMINARES

Sursis quer dizer suspensão, derivando de *surseoir*, que significa suspender. Permite que o condenado não se sujeite à execução de pena privativa de liberdade de pequena duração.

Suponha-se que o agente seja condenado a três meses de detenção pela prática de um crime de lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*). O juiz, na sentença condenatória, desde que não seja caso de aplicação de pena restritiva de direitos, reunidos os requisitos do instituto, concede ao réu o *sursis*, dando os motivos da decisão (Lei de Execução Penal, art. 157). Na sentença menciona as condições a que ficará obrigado durante certo prazo (Lei de Execução Penal, art. 158). Notificado pessoalmente, o réu comparece à audiência de advertência (ou admonitória). Na audiência o juiz lê ao réu a sentença respectiva, advertindo-o das consequências de nova infração penal e da transgressão das obrigações impostas (Lei de Execução Penal, art. 160). Da data da audiência admonitória começa o período de prova, que varia de dois a quatro anos (CP, art. 77, *caput*). Isso significa que o juiz, em vez de determinar a execução da sanção imposta na sentença, concede a “suspensão condicional da execução da pena” (*sursis*). O réu não inicia o cumprimento da pena, ficando em liberdade condicional, por um período, chamado período de prova, que varia de dois a quatro anos. Se o juiz marca o prazo de dois anos, quer dizer que o condenado ficará durante esse período em observação. Se não praticar nova infração penal e cumprir as condições impostas pelo juiz, este, ao final do período de prova, determinará a extinção da pena que se encontrava com sua execução suspensa. Se durante o período de prova houver revogação do *sursis* o condenado cumprirá a pena que se achava com a execução suspensa.

O instituto, na reforma penal de 1984, não constitui mais incidente da execução nem direito público subjetivo de liberdade do condenado. É medida penal de natureza restritiva da liberdade de cunho repressivo e preventivo. Não é um benefício.

O juiz não tem a faculdade de aplicar ou não o *sursis*: se presentes os seus pressupostos a aplicação é obrigatória.

O *sursis* é tratado no CP (arts. 77 a 82) e na Lei de Execução Penal (arts. 156 e s.).

2. SISTEMAS

Há dois sistemas a respeito do *sursis*:

- 1.º) sistema anglo-americano (*probation system*);
- 2.º) sistema belgo-francês (europeu continental).

De acordo com o sistema anglo-americano (*probation system*), verificando o juiz que o réu merece o *sursis*, declara-o responsável pela prática do fato, suspende o curso da ação penal e marca o período de prova, ficando o condenado sob orientação e fiscalização de funcionários (*probation officers*), com incumbência de realizar seu reajustamento social. Há suspensão da sentença condenatória, que não é proferida.

Nos termos dos princípios do sistema belgo-francês (europeu continental) o juiz condena o réu, determinando a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade. É o nosso sistema.

Embora apresentem pontos de semelhança, os dois sistemas diferem no seguinte:

1.º) enquanto nosso *sursis* só pode ser concedido, em regra, a criminoso primário, desde que a pena não ultrapasse dois anos, o *probation* possui maior amplitude extrínseca: pode ser concedido a criminoso que tenha cometido crime grave, desde que o juiz entenda, em face de determinadas circunstâncias, que não tornará a delinquir;

2.º) no *sursis*, o juiz condena o réu, determinando a suspensão da execução da pena; no *probation* o juiz não condena o réu, apenas o declara culpado (a pena não é imposta) e fixa o período de prova;

3.º) no *sursis*, o condenado fica sujeito a determinadas obrigações e à condição de não praticar nova infração, tratando-se de um *condicionamento negativo* (“não será executada a sanção se não fizeres tais e tais coisas”); no sistema do regime de provas o condenado deve demonstrar boa conduta durante determinado tempo e comportar-se de acordo com prescrições pre-

viamente estabelecidas, tratando-se de um *condicionamento positivo* (“não será aplicada a pena se fizeres tais e tais coisas, se demonstrares pela tua conduta que não precisas de tratamento detentivo”).

Modernamente vem sendo preconizada a combinação dos dois sistemas, proferindo o juiz a sentença condenatória e determinando a suspensão da execução da pena, sendo o condenado entregue à vigilância e assistência de funcionários especializados em sua recuperação social. É o sistema ideal.

3. FORMAS

O *sursis* apresenta duas formas:

- 1.ª) suspensão simples;
- 2.ª) suspensão especial.

O *sursis* simples está previsto no art. 77 do CP.

O *sursis* especial se encontra disciplinado no art. 78, § 2.º.

4. REQUISITOS

De acordo com o art. 77, *caput*, do CP, “a execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa, por dois a quatro anos, desde que:

I — o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III — não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código”.

Os requisitos do *sursis* são:

- 1.º) objetivos; e
- 2.º) subjetivos.

Os de natureza objetiva se encontram no *caput* e no § 2.º: dizem respeito à qualidade e quantidade da pena; os de ordem subjetiva estão previstos nos incisos da disposição: referem-se aos antecedentes judiciais e qualidades pessoais do réu.

Quanto à qualidade da pena, somente a pena privativa de liberdade, seja reclusão, seja detenção, admite o sistema. As penas restritivas de direi-

tos e a multa não o permitem (art. 80). Embora haja opiniões no sentido de estender-se à pena pecuniária, de ver que o *sursis* visa a evitar que o condenado seja encarcerado, fundamento que não existe na aplicação da multa. Quanto às penas restritivas de direitos, não teria cabimento, p. ex., que o juiz aplicasse na sentença a interdição de direito consistente na proibição temporária para o exercício de profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial (art. 47, II) e determinasse a suspensão de sua execução.

A prisão simples também admite o *sursis*, nos termos do art. 11 da LCP:

“Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender, por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples”.

O segundo requisito de ordem objetiva diz respeito à quantidade da pena privativa de liberdade: não pode ser superior a dois anos, ainda que resulte, no concurso de crimes, de sanções inferiores a ela (ex.: duas penas de um ano e meio cada uma). Tratando-se, entretanto, de condenado maior de setenta anos de idade, poderá ser suspensa a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos (art. 77, § 2.º).

O primeiro requisito de ordem subjetiva diz respeito aos antecedentes judiciais do condenado. É necessário que não seja reincidente em crime doloso (art. 77, I).

Exige-se a reincidência para que o réu não obtenha o *sursis*? O reincidente pode obter o *sursis*?

Depende. Há reincidência quando o sujeito comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no Brasil ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63). A simples reincidência não impede o *sursis*, uma vez que a lei exige, para que o *sursis* não seja concedido, que o sujeito seja “reincidente em crime doloso”. Logo, o reincidente em crime culposos pode obtê-lo, como também aquele que, embora reincidente, cometeu um crime doloso e outro posterior culposos, ou vice-versa.

Além disso, é possível que o reincidente tenha sofrido anterior pena de multa, caso em que não fica impedido o *sursis*, ainda que dolosos os dois crimes (CP, art. 77, § 1.º).

Há, então, dois princípios:

1.º) o réu reincidente em crime doloso, a quem antes se impôs pena privativa de liberdade, não pode obter *sursis*;

2.º) o réu reincidente, a quem antes foi imposta pena de multa, pode obter *sursis*.

Na hipótese de o sujeito cometer novo crime depois de cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena anterior, não sendo considerado reincidente (CP, art. 64, I), é permitido o *sursis*.

A condenação anterior irrecorrível por delito militar próprio ou político impede o *sursis*?

Não, uma vez que não ensejam a reincidência (CP, art. 64, II).

A suspensão compreende os efeitos secundários da condenação?

Não. Tanto que o não cumprimento de um dos efeitos secundários da condenação, qual seja, a reparação do dano (CP, art. 91, I), causa revogação obrigatória do *sursis*, desde que o condenado, embora solvente, frustre a reparação (CP, art. 81, II).

Na lei atual, a condenação anterior por contravenção é irrelevante. Só a condenação anterior, por prática de crime doloso, constitui real impedimento ao *sursis* em relação ao posterior delito doloso.

E se houve extinção da punibilidade em relação ao crime anterior?

Depende. Se a extinção da punibilidade ocorreu antes da sentença final, não havendo sentença condenatória anterior com trânsito em julgado, em relação ao crime posterior o réu pode obter o *sursis*, se presentes os outros requisitos. Se, porém, a extinção da punibilidade ocorreu após a sentença condenatória irrecorrível, esta permanece para efeito de impedir o *sursis*, sendo dolosos os dois delitos, salvo nos casos de *abolitio criminis* e anistia, que rescindem a condenação irrecorrível anterior, do art. 64, I, do CP, e da multa antecedente.

A extinção da punibilidade pela prescrição retroativa¹ em relação ao delito anterior impede o *sursis*?

Não há impedimento à concessão. Isso porque se trata de forma de prescrição da pretensão punitiva, pelo que a sentença condenatória deixa de produzir efeitos (só tem relevância em relação ao *quantum* da pena regulador do prazo prescricional).

E se a sentença anterior, por prática de crime, concedeu ao agente o perdão judicial?

Pode ser aplicado o *sursis*, tendo em vista que a sentença que o impõe, embora condenatória, não gera a reincidência (CP, art. 120).

1. Deve-se anotar que a prescrição retroativa foi extinta pela Lei n. 12.234/2010, somente se admitindo seu reconhecimento para fatos anteriores à entrada em vigor desta lei, que se deu em 6-5-2010.

E se o condenado cumpriu integralmente as condições do *sursis*? Vindo a praticar outro crime poderá obter a medida penal?

Depende. O término do período de prova sem revogação opera a extinção da punibilidade (art. 82), mas não exclui a condenação anterior irrecorrível, salvo a hipótese do art. 64, I, do CP.

No sistema atual, em face do art. 64, I, nada obsta a que ao sujeito sejam concedidos dois *sursis* sucessivos. Ex.:

O sujeito pratica novo crime cinco anos e dois meses após o início do período de prova concedido em face do delito anterior. A sentença condenatória anterior, dado o decurso do prazo do art. 64, I, do CP, não impede a concessão da nova medida penal. O mesmo ocorre quando o sujeito comete dois crimes culposos, ou um culposos e outro doloso, ou vice-versa.

E se o condenado, mediante graça ou indulto parcial, obtém redução ou comutação da pena? Preenchido o requisito quanto à qualidade e quantidade da pena, pode ser concedido o *sursis*?

Pode, desde que se encontrem também presentes as condições de ordem subjetiva. Suponha-se que o réu tenha sido condenado a três anos de detenção. Não pode obter o *sursis*. Por meio de indulto parcial, a pena é diminuída para dois anos de detenção. A ele pode ser concedida a medida.

A condenação irrecorrível proferida no estrangeiro por prática de crime, para impedir a concessão do *sursis*, precisa ser homologada pelo STF?

Não. A homologação só é exigida quando se trata de *execução* de julgado proferido no estrangeiro (CP, art. 9.º).

A imposição de pena restritiva de direitos não é incompatível com o *sursis*. Condenado o réu a pena privativa de liberdade e restritiva de direitos, nada impede que ele obtenha o benefício em relação à primeira.

O condenado por tráfico ilícito de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343, de 23-8-2006), pelo fabrico, aquisição, utilização etc. de objeto destinado ao preparo, produção ou transformação de drogas (art. 34 da Lei), por associar-se ao tráfico de drogas (art. 35 da Lei), pelo financiamento ou custeio de tráfico de drogas (art. 36 da Lei) e por colaborar como informante para grupos, organizações ou associações destinadas ao tráfico de drogas (art. 37 da Lei), pode obter o *sursis*?

Não. Há expressa vedação no art. 44, *caput*, da vigente Lei Antidrogas.

Permanecem suspensos os direitos políticos durante o período de prova do *sursis*. A suspensão ocorre, nos termos da Const. Federal, no caso de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (art. 15, III). O *sursis* é uma forma de execução da pena, de modo que du-

rante a sua vigência a sentença penal está produzindo efeitos, que perduram até a reabilitação.

Outro requisito de ordem subjetiva encontra-se no art. 77, II: é necessário que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a concessão do *sursis*.

O último requisito de ordem pessoal diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (CP, arts. 44 e 77, III). De modo que, cabível a pena restritiva de direitos, torna-se inconveniente a concessão do *sursis*.

Tratando-se de *sursis* especial, é necessário que o condenado:

- 1.º) não seja reincidente em crime doloso;
- 2.º) tenha reparado o dano, salvo justa causa;
- 3.º) apresente circunstâncias judiciais favoráveis (CP, art. 78, § 2.º).

O Decreto-lei n. 4.865, de 23-10-1942, proibia o *sursis* a estrangeiro que se encontrasse no País em caráter temporário. Hoje, não há mais tal proibição (Estatuto do Estrangeiro, Lei n. 6.815, de 19-8-1980).

5. PERÍODO DE PROVA E CONDIÇÕES

Concedido o *sursis*, o condenado submete-se a um *período de prova*, por dois a quatro anos (art. 77, *caput*). Sendo o condenado maior de setenta anos de idade, o prazo varia de quatro a seis anos, desde que a pena não seja superior a quatro anos (CP, art. 77, § 2.º). Tratando-se de contravenção, o período varia de um a três anos (LCP, art. 11).

Durante esse lapso de tempo deve cumprir determinadas condições, sob pena de ver revogada a medida e ter de cumprir a sanção privativa de liberdade. Essas condições são:

- a) *legais*: impostas pela lei (arts. 78, § 1.º, e 81);
- b) *judiciais*: impostas pelo juiz na sentença (art. 79).

No *sursis* simples (art. 77, *caput*), no primeiro ano do prazo o condenado deve:

- 1.º) prestar serviços à comunidade, nos termos do art. 46 (art. 78, § 1.º, 1.ª parte); ou
- 2.º) submeter-se à limitação de fim de semana, de acordo com o art. 48 (art. 78, § 1.º, 2.ª parte).

A escolha cabe ao juiz, determinando-se de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Tratando-se de *sursis* especial (art. 78, § 2.º), satisfeitos os seus requisitos, as condições alternativas da prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana são substituídas por:

- 1.º) proibição de frequentar determinados lugares;
- 2.º) proibição de ausentar-se o condenado da comarca onde reside, sem autorização judicial; e
- 3.º) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 78, § 2.º, alíneas *a* a *c*).

A redação anterior do § 2.º do art. 78 do CP admitia que o juiz substituísse as penas alternativas de prestação de serviço à comunidade e a limitação de fim de semana, cominadas no § 1.º, *por uma ou mais* condições legais. De acordo com a Lei n. 9.268/96, as condições legais do *sursis*, previstas no art. 78, § 2.º, alíneas *a*, *b* e *c*, devem ser impostas *cumulativamente*.

Quanto às condições judiciais (art. 79), o CP não menciona as que o juiz pode impor na sentença, pois variam de acordo com o caso concreto.

O juiz pode impor como condição do *sursis* o pagamento das custas processuais?

Não.

O pagamento das custas processuais não pode ser imposto como condição do *sursis*, pois trata-se de circunstância resultante da própria sentença condenatória, obrigação, portanto, autônoma que, não satisfeita, é exigível pela via normal, adequada à cobrança. F. Whitaker, em 1930, em sua obra *Condenação condicional*, já dizia que “o pagamento das custas não é entrave para o favor da lei. As custas não são uma pena imposta pela infração. São despesas judiciais feitas com a movimentação do processo, nas quais o réu fica condenado, por ter sido vencido. Essas despesas, salvo o caso de insolvência, devem ser pagas, no prazo designado pelo juiz. Findo esse prazo, o réu será acionado para cumprimento do dever. De modo que o não pagamento das custas, nem é impedimento para ser concedida a suspensão, nem pode ser causa de sua revogação”².

O juiz pode impor como condição resolutória do *sursis* o pagamento da multa?

“Não pode subsistir a condição imposta no *sursis* de pagar o réu a multa, por isso que seu pagamento dependerá do estado de solvência daquele”³.

A sentença a respeito do *sursis* faz coisa julgada?

2. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1930, p. 142.

3. RT, 426:346. No mesmo sentido: RT, 424:380.

Não. A sentença que o concede, denega ou revoga não faz coisa julgada, podendo ser restabelecido ou revogado⁴.

6. REVOGAÇÃO

O condenado deve cumprir as condições durante o período de prova. Se não as cumpre, revoga-se o *sursis*, devendo cumprir por inteiro a pena que se encontrava com a execução suspensa.

As causas de revogação do *sursis* são:

a) obrigatórias;

b) facultativas.

Em relação às causas obrigatórias não fica a critério do juiz revogá-lo ou não. A revogação é determinada pela lei. Em relação às causas facultativas fica ao prudente critério do juiz revogar a medida, determinando a execução da pena.

As causas de revogação obrigatória encontram-se no art. 81, I a III; as facultativas, no § 1.º.

Nos termos do art. 81, “a suspensão será revogada se, no curso do prazo” (*i. e.*, durante o período de prova), “o beneficiário:

I — é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;

II — frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;

III — descumpre a condição do § 1.º do art. 78 deste Código”.

Aí se encontram as causas obrigatórias de revogação. Note-se que o Código emprega a expressão “a suspensão *será* revogada” [grifo nosso], indicativa de obrigatoriedade.

Nos termos do novo texto, a revogação ocorre pela condenação irrecorrível, durante o período de prova, por crime doloso, incluindo-se o preterdoloso e excluindo-se os culposos e as contravenções.

Não importa o momento em que tenha sido cometido o crime. Pode ter sido praticado antes do crime em relação ao qual o condenado se encontra em gozo de *sursis*; depois do crime referido ou mesmo depois do início do período de prova. O Código só exige que a condenação irrecorrível ocorra durante o período de prova.

4. RT, 252:405, 391:323, 393:362, 388:270, 396:279, 430:361, 412:80 e 304, 424:392, 426:325.

E se a condenação por crime for proferida por sentença estrangeira?

Não pode ser revogado o *sursis*, pois o art. 81, I, não prevê a hipótese. Tratando-se de norma que permite restrição ao direito penal de liberdade do condenado, não pode ser empregada a analogia nem a interpretação extensiva. Quanto a esta, os métodos gramatical e teleológico não permitem a conclusão de que a lei quis referir-se no art. 81, I, a sentença nacional ou estrangeira. Daí a impossibilidade de extensão da norma restritiva de liberdade.

A sentença que concede o perdão judicial, durante o período de prova, revoga o benefício?

Suponha-se que o sujeito, durante o *sursis*, pratique uma lesão corporal culposa e, afinal, obtenha o favor do perdão judicial (CP, art. 129, § 8.º). Há revogação do *sursis*?

Cremos que não. Embora seja condenatória a sentença concessiva do perdão judicial, ela não gera a reincidência (CP, art. 120). Não impedindo o *sursis* futuro (CP, art. 77, I), não deve também revogá-lo.

O art. 81, II, trata do fato de o condenado frustrar, embora solvente, a execução da pena de multa, ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. Quanto à multa, é claro que o Código cuida da hipótese de ter sido imposta cumulativamente com a sanção privativa de liberdade.

A Lei de Execução Penal prevê mais um caso de revogação obrigatória. Nos termos do art. 161, se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 dias, o réu não comparecer à audiência admonitória, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena, salvo prova de justo impedimento.

A última causa revocatória diz respeito ao descumprimento das condições do art. 78, § 1.º (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana).

Os casos de revogação facultativa estão previstos no art. 81, § 1.º.

O *sursis* pode ser revogado se o condenado:

a) deixa de cumprir as obrigações judiciais (condições impostas na sentença, CP, art. 79);

b) é condenado irrecorrivelmente, durante o período de prova, por crime culposos ou contravenção, desde que imposta pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, com exclusão da multa.

Note-se que o Código emprega a expressão “poderá”, no sentido de atribuir ao juiz a tarefa de, investigando e valorando a causa, decidir se é caso de revogação da medida ou de prorrogação do período de prova.

Quando a revogação é facultativa, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado (art. 81, § 3.º).

7. PRORROGAÇÃO

O fato de o condenado praticar infração durante o período de prova revoga o *sursis*?

Não, uma vez que o CP exige, para a revogação, sentença condenatória com trânsito em julgado.

Qual a consequência de o condenado cometer infração durante o período de prova?

Nos termos do art. 81, § 2.º, se “o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo”.

E se o condenado, durante o período de prova, está sendo processado por infração cometida antes da suspensão?

Aplica-se o disposto no art. 81, § 2.º. Note-se que a disposição não fala em infração cometida “durante o período de prova”. Assim, a infração pode ter sido cometida antes ou durante o transcorrer do prazo da suspensão, e até mesmo antes do primeiro fato. Suponha-se que o agente esteja em gozo de *sursis* por dois anos. Faltando alguns meses para o término do prazo da suspensão, comete novo delito, iniciando-se a ação penal. O período de prova é prorrogado até que transite em julgado a sentença em relação ao segundo crime, podendo a prorrogação ultrapassar o máximo de quatro ou seis anos. Se o réu vier a ser condenado, haverá revogação obrigatória: terá de cumprir a pena que estava suspensa e a nova sanção. Se absolvido, o juiz aplicará o disposto no art. 82: determinará a extinção da pena que se encontrava suspensa.

A prorrogação ocorre por força da prática de nova infração ou em face de novo processo? É suficiente que o sujeito venha a praticar novo crime ou seja descoberto crime anterior para que se dê a prorrogação legal?

O art. 81, § 2.º, do CP emprega a expressão “se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção”. No livramento condicional, a Lei de Execução Penal determina providência contra o condenado que pratica novo crime durante o período de prova pela simples prática da infração (art. 145). No *sursis*, porém, a prorrogação se dá em face do novo processo. Assim, cremos que a prorrogação legal deve ocorrer por força do

início da nova ação penal, e não pela prática da nova infração penal ou pela instauração de inquérito policial.

A prorrogação do prazo é legal e automática, não exigindo despacho do juiz a respeito.

Embora haja opiniões em contrário, cremos que prorrogado o prazo em face de o condenado estar respondendo a processo criminal não perderam as condições judiciais impostas na sentença. Suponha-se que uma das condições judiciais seja recolher-se o condenado às 22h. Prorrogado o prazo em face de novo processo, durante a prorrogação é surpreendido num bar, às 23h. É revogado o *sursis* e ele passa a cumprir a pena que estava suspensa. Posteriormente, vem a ser absolvido no outro processo, por comprovada negativa da autoria. Cremos injusta a revogação da medida.

8. EXTINÇÃO DA PENA

Se o período de prova termina sem que haja ocorrido motivo para a revogação, não mais se executa a pena privativa de liberdade (art. 82). Assim, expirado o prazo de suspensão ou de prorrogação, sem que tenha havido motivo para a revogação, o juiz deve declarar extinta a pena privativa de liberdade. Trata-se de sentença declaratória da extinção parcial da punibilidade, não de natureza constitutiva. Em face disso, a extinção da pena ocorre na data do término do período de prova e não na em que o juiz profere a decisão, ainda que seja muito tempo depois.

Capítulo LX

DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

1. EXPLICAÇÕES PRELIMINARES

O instituto, na reforma penal de 1984, não constitui mais um direito público subjetivo de liberdade do condenado nem incidente da execução. É medida penal de natureza restritiva da liberdade, de cunho repressivo e preventivo. Não é um benefício.

Ex.:

Um réu primário é condenado a quatro anos de reclusão. Após cumprir mais de um terço da pena, desde que preenchidos outros requisitos, pode ser posto em liberdade durante o tempo que falta para o seu término. O lapso restante da pena constitui um período de prova, durante o qual deve mostrar-se socialmente readaptado. Terminado o período de prova sem motivo para revogação é decretada a extinção da pena que se encontrava com execução condicionalmente suspensa.

O juiz não pode aplicar ou deixar de aplicar a medida como se fosse simples faculdade: desde que presentes os seus pressupostos, a aplicação é obrigatória.

O livramento condicional difere do *sursis*. Entre outras diferenças, no *sursis* não se exige que o réu inicie o cumprimento da pena, o que não acontece no livramento condicional. Além disso, no *sursis* o período de prova dura de dois a quatro ou seis anos. No livramento condicional, corresponde ao restante da pena.

A execução do livramento condicional está disciplinada na Lei de Execução Penal (arts. 131 e s.).

2. PRESSUPOSTOS

Os requisitos do livramento condicional, de ordem objetiva e subjetiva, encontram-se no art. 83 do CP:

“O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, desde que:

I — cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II — cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III — comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV — tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V — cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

Os pressupostos de ordem objetiva se encontram no *caput* e nos incisos I, II, IV e V; os de natureza subjetiva, no inciso III.

Dessa forma, o réu condenado a pena de reclusão ou detenção, inferior a dois anos, pode obter o *sursis*; superior a dois anos, livramento condicional; de exatamente dois anos, *sursis* ou livramento condicional. Pode ocorrer que o réu, condenado a dois anos de reclusão, não possa obter o *sursis* por ser reincidente em crime doloso (CP, art. 77, I). Poderá ser favorecido pelo livramento condicional, cumprida mais da metade da pena (art. 83, II).

Registre-se que, de acordo com o STJ, “a falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional” (Súmula 441). O cometimento de falta grave, portanto, não interfere na contagem do tempo para lograr o instituto citado, embora possa acarretar o seu indeferimento pela ausência de requisito subjetivo (já que o livramento depende de comportamento carcerário satisfatório).

A LCP admite a medida, conforme seu art. 11:

“Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender, por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples, *bem como conceder livramento condicional*” [grifo nosso].

Só é possível quando a prisão simples é igual ou superior a dois anos.

Para obtê-lo, o condenado deve cumprir parte da pena: mais de um terço se não for reincidente em crime doloso, com bons antecedentes; mais de metade, se reincidente em crime doloso.

Assim, o livramento condicional pode ser:

a) especial (cumprimento de um terço da pena); e

b) ordinário (cumprimento de metade da pena).

No estudo da reincidência, vimos a diferença entre criminoso primário e reincidente. Criminoso primário é não só o que foi condenado pela primeira vez, como também o que foi condenado duas ou mais vezes, sem ser reincidente. Este é o sujeito que pratica novo crime após transitar em julgado sentença que o condenou por prática de delito (art. 63). Se o sujeito pratica vários crimes em dias seguidos e, em vários processos, vem a ser condenado, não é reincidente, mas primário. Não há uma terceira espécie de criminoso.

Nos termos do art. 83, I e II, do CP, o criminoso primário deve cumprir mais de um terço da pena privativa de liberdade. Assim também o criminoso reincidente, desde que não o seja em crime doloso. Para tanto, é necessário que apresentem bons antecedentes. Quando o condenado é reincidente em crime doloso, deve cumprir mais de metade da pena. Tratando-se de criminoso primário e de maus antecedentes, deve ser aplicado o inciso I. O II cuida do reincidente. Não se pode ler no inciso II “e primário de maus antecedentes”. O legislador separou os delinquentes: primário no inciso I; reincidente, no II.

Tratando-se de condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento fica subordinada, além dos requisitos do art. 83, à constatação, mediante perícias, de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (CP, art. 83, parágrafo único). Assim, exige-se perícia da cessação da periculosidade.

Deve ser computado o tempo de remição da pena (Lei de Execução Penal, art. 128).

O penúltimo pressuposto de ordem objetiva é a satisfação das obrigações civis resultantes do crime, salvo quando provada a insolvência do condenado (art. 83, IV). Nos termos do art. 91, I, do CP, a condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime. Assim, o condenado não pode obter o livramento condicional enquanto não repara o dano causado, salvo quando insolvente.

Tratando-se de condenado por prática de tortura, crime hediondo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, desde que não seja reincidente específico em tais delitos, deve cumprir mais de dois terços da pena (inc. V). Nesses casos, há necessidade de dois requisitos:

1.º) cumprimento de mais de dois terços da pena;

2.º) que o condenado não seja reincidente específico nos delitos previstos no dispositivo (de observar que, com referência ao livramento condicional em tráfico de drogas, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei n. 11.343, de 2006, conforme abaixo explicado).

Assim, sendo reincidente específico não é admissível o livramento condicional. Há a reincidência específica, para efeito da disposição, quando o sujeito, já tendo sido condenado por qualquer dos delitos elencados por sentença transitada em julgado, vem novamente a cometer um deles. Exs.: crime hediondo anterior e tortura; estupro e homicídio qualificado; latrocínio e tortura etc. Tratando-se de norma penal, não tem efeito retroativo. Dessa forma, pode ser aplicado o livramento condicional na hipótese de ter sido cometido o primeiro crime antes da Lei n. 8.072, de 25-7-1990, que dispôs sobre os delitos hediondos, ainda que os dois crimes estejam previstos em seu elenco (ex.: estupro e latrocínio), desde que cumpridos mais de dois terços da pena. Entendemos que a lei nova impeditiva do livramento condicional só incide quando os dois delitos da reincidência tenham sido praticados em sua vigência.

A vigente Lei n. 11.343, de 23-8-2006, modificou, em parte, o regime de concessão de livramento condicional para os crimes relacionados com o comércio de drogas, notadamente o tráfico (art. 33, *caput*, da Lei), o fabrico, aquisição, utilização etc. de objeto destinado ao preparo, produção ou transformação de drogas (art. 34 da Lei), a associação para tráfico de drogas (art. 35 da Lei), o financiamento ou custeio de tráfico de drogas (art. 36 da Lei) e a colaboração como informante para grupos, organizações ou associações destinadas a tráfico de drogas (art. 37 da Lei).

Nesses casos, o livramento condicional continua sendo permitido somente após o cumprimento de dois terços da pena (preenchidos os demais requisitos legais). Caso o agente seja reincidente específico *nos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006* (e não mais em qualquer crime hediondo ou equiparado), ser-lhe-á vedada a concessão do livramento (art. 44, parágrafo único, da Lei).

De notar que a alteração da disciplina diz respeito aos casos de vedação de livramento condicional (que foram reduzidos pela atual lei). Antes da Lei n. 11.343/2006, ao condenado por tráfico de entorpecentes ou drogas afins bastava ostentar uma condenação anterior caracterizadora de reincidência por *qualquer delito hediondo ou assemelhado* para não ter direito ao livramento condicional na pena relativa ao tráfico. Agora, o sentenciado que cumpre pena pelos crimes acima mencionados (ou seus equivalentes com base na Lei n. 6.368/76) terá direito ao livramento, salvo se a condenação anterior, geradora de reincidência, versar especificamente sobre tráfico de drogas e condutas equiparadas ao tráfico. Cuida-se a nova lei, neste aspecto, de *novatio legis in mellius*, com efeito retroativo (CF, art. 5.º, XL, e CP, art. 2.º).

Por exemplo: pelo regime da Lei n. 6.368/76, quem fosse condenado anteriormente por homicídio qualificado e, posteriormente, cometesse tráfico

de drogas, não poderia obter livramento condicional na pena relativa ao tráfico; com a regra atual, não incide a proibição, uma vez que o condenado não é reincidente específico em tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006) ou nos crimes a ele equiparados (arts. 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006).

Os pressupostos de ordem subjetiva se encontram no art. 83, III: prova de bom comportamento carcerário e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto.

O art. 84 do CP reza que “as penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento”.

Assim, no caso de reiteração criminal, em que as penas são unificadas, não importa que nenhuma delas seja igual ou superior a dois anos, desde que o *quantum* unificado satisfaça a exigência legal. Esse princípio é também aplicável às hipóteses de penas aplicadas em face de concurso de crimes, num só processo ou em processos diversos.

3. CONCESSÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL E PERÍODO DE PROVA

O livramento condicional pode ser concedido mediante requerimento do sentenciado, de seu cônjuge ou de parente ou por iniciativa do Conselho Penitenciário.

O livramento somente se concede mediante parecer do Conselho Penitenciário, ouvido o diretor do estabelecimento em que está ou tem estado o sentenciado (Lei de Execução Penal, art. 131). É imprescindível o parecer do Conselho Penitenciário, pelo que o juiz não pode conceder o benefício sem a sua manifestação, embora a ela não fique adstrito. No Estado de São Paulo, o Conselho Penitenciário foi organizado pela Lei n. 3.121, de 26-8-1955, com a alteração da Lei n. 3.165, de 28-9-1955. É composto de professores de Direito, de Medicina Legal, de Psiquiatria, de advogados e representantes do Ministério Público.

Com o parecer do Conselho Penitenciário, ouvido o diretor do estabelecimento carcerário, o juiz ouve o órgão do Ministério Público (Lei de Execução Penal, art. 131).

Deferido o pedido, o juiz especificará as condições a que ficará subordinado o livramento (Lei de Execução Penal, art. 132, *caput*), devendo sempre impor ao liberado a obrigação de obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho; de comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação e de não mudar do território da Comarca do Juízo da Execução sem prévia autorização deste (Lei de Execução Penal, art. 132, § 1.º). Podem também ser impostas outras condições (§ 2.º).

Após, há uma cerimônia em que é lida a sentença ao liberado, explicadas as condições e causas de revogação (Lei de Execução Penal, art. 137). Inicia-se, então, o período de prova, em que o liberado fica sob observação cautelar e proteção de serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares (Lei de Execução Penal, art. 139).

O período de prova corresponde ao tempo de pena que resta ao liberado cumprir. Nosso Código não aceitou a orientação de outras legislações penais em que o período de prova tem um mínimo de duração (na Áustria, três anos) ou vai além da pena que resta ao liberado cumprir (na Holanda, um ano a mais; na Bélgica, o dobro). Considerou o sistema mais comum, segundo o qual o período de prova corresponde ao prazo que falta para o cumprimento da pena. Assim, se foi liberado após cumprir dois anos de reclusão, tratando-se de pena de seis anos, o período de prova equivale a quatro anos. Durante esse tempo o liberado deve cumprir as condições impostas na sentença e não cometer nova infração, sob efeito de revogação e cumprimento da pena que se encontrava suspensa (quatro anos).

A Lei de Execução Penal trata da matéria (arts. 131 e s.).

4. REVOGAÇÃO

Os arts. 86 e 87 do CP tratam das causas de revogação do livramento condicional:

“Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

I — por crime cometido durante a vigência do benefício;

II — por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código” (art. 86).

“O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade” (art. 87).

As causas de revogação do livramento condicional são:

a) judiciais: referem-se às condições impostas pelo juiz na sentença;

b) legais: impostas pela lei (arts. 86 e 87, parte final).

As causas de revogação ainda podem ser:

a) obrigatórias (art. 86, I e II);

b) facultativas (art. 87).

Quando ocorre uma causa obrigatória não fica a critério do juiz revogar o livramento condicional ou não. A revogação decorre da própria lei, que diz: “Revoga-se o livramento...” (art. 86, *caput*). Quando ocorre uma causa facultativa cabe ao juiz, de acordo com seu prudente arbítrio, revogar a medida ou não. Note-se que, neste caso, a lei emprega a expressão: “O juiz poderá, também, revogar...” (art. 87).

Revogado o livramento condicional, a consequência é a de o liberado cumprir a pena que se encontrava suspensa, correspondente ao período de prova. Os fatos de revogação devem ocorrer durante o período de prova, que o Código denomina “vigência do benefício” (art. 86, I).

5. CAUSAS DE REVOGAÇÃO OBRIGATÓRIA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Nos termos do art. 86, a condenação irrecorrível, durante o período de prova, desde que imposta pena privativa de liberdade, revoga o livramento condicional nos seguintes casos: por crime cometido durante a vigência da medida; por crime anterior à sua vigência, sem prejuízo, entretanto, do disposto no art. 84.

Vejamos os casos:

a) Crime cometido durante a vigência do livramento condicional

Suponha-se que o sujeito tenha sido condenado a seis anos de reclusão. Primário, tenha obtido o livramento condicional após cumprir dois anos. O período de prova corresponde a quatro anos. Se, durante esse lapso de tempo, o liberado vier a cometer novo delito, sendo condenado irrecorrivelmente a pena privativa de liberdade, haverá revogação obrigatória do livramento condicional. É a hipótese prevista no art. 86, I: “Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício”.

Praticado pelo liberado novo crime, o juiz ou o Tribunal poderá ordenar a sua prisão, ouvido o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo-se o curso do livramento condicional, cuja revogação ficará, entretanto, dependendo da decisão final da nova ação penal (Lei de Execução Penal, art. 145). Neste caso, o período de prova deve ser prorrogado até o julgamento definitivo do novo processo (CP, art. 89).

b) Crime cometido antes do período de prova

Suponha-se que o sujeito cometa um crime, não se iniciando a *persecutio criminis* por desconhecimento da autoria. Tempos depois comete novo crime e

é condenado a seis anos de reclusão. Primário, obtém o livramento condicional após cumprir dois anos. O período de prova corresponde a quatro anos. Durante esse tempo é descoberta a autoria do primeiro crime, vindo a ser processado e condenado irrecorrivelmente a pena privativa de liberdade. É revogado o livramento condicional? É, nos termos do art. 86, II, do CP:

“Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível... por crime anterior” ao período de prova.

Não importa o momento em que tenha sido cometido o crime, sendo suficiente que sua prática seja anterior à vigência do período de prova do livramento condicional. A ressalva do art. 86, II, será estudada nos efeitos da revogação.

6. CAUSAS DE REVOGAÇÃO FACULTATIVA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Nos termos do art. 87 do CP, o juiz poderá também revogar a medida se o liberado deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença ou é irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena de multa ou restritiva de direitos.

São duas as causas de revogação facultativa:

- a) descumprimento das condições judiciais do livramento condicional;
- b) condenação irrecorrível, por crime ou contravenção, a pena de multa ou restritiva de direitos.

Na segunda causa, não importa que o crime e a contravenção tenham sido cometidos antes do início do período de prova ou durante a sua vigência. Exige-se, porém, que a condenação tenha imposto pena de multa ou restritiva de direitos. Tratando-se de condenação a pena privativa de liberdade, a revogação é obrigatória (art. 86, I e II), desde que se trate de crime.

Estranhamente, a condenação, por motivo de contravenção, a pena de prisão simples, não importa a revogação obrigatória ou facultativa.

O parágrafo único do art. 140 da Lei de Execução Penal torna obrigatório ao juiz, se não revogou o livramento condicional, na hipótese facultativa, que advirta o liberado ou exaspere as condições. Assim, não o revogando, o juiz é obrigado a advertir o liberado ou tornar mais severas as condições impostas na sentença concessiva.

7. EFEITOS DA REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

De acordo com o art. 88 do CP, “revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condena-

ção por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado”. Por sua vez, a Lei de Execução Penal trata da matéria em duas disposições. “Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período em que esteve solto o liberado, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas” (art. 141). “No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento” (art. 142).

Devemos dividir a matéria em três partes: a) efeitos da revogação do livramento condicional em face de condenação irrecorrível pela prática de infração penal anterior ao período de prova; b) efeitos de revogação do livramento condicional pela condenação irrecorrível em face de prática de infração penal durante a vigência do período de prova; c) efeitos da revogação do livramento condicional em face de descumprimento das condições impostas na sentença. Vejamos os três casos:

a) Efeitos da revogação do livramento condicional em face de condenação irrecorrível pela prática de infração penal anterior ao período de prova (crime ou contravenção)

1.º) É computado na pena que resta ao liberado cumprir o período de tempo em que esteve solto. É o que diz o art. 88: “Revogado o livramento”, “quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício”, desconta-se “na pena o tempo em que esteve solto o condenado”. A regra se encontra também na Lei de Execução Penal: Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á no tempo da pena o período de prova (art. 141). O livramento é revogado, passando o sentenciado a cumprir o restante da pena, mas com desconto do tempo em que esteve solto.

O benefício tem fundamento na circunstância de a revogação ser operada por fato cometido pelo liberado antes do início do período de prova. Quer dizer que durante a vigência da medida condicional ele não praticou qualquer fato revocatório, motivo pelo qual deve ser tratado com benevolência.

Ex.:

Suponha-se que o sujeito, primário, tenha cometido um crime, não se iniciando a *persecutio criminis* por desconhecimento da autoria. Tempos depois, vem a praticar novo crime, sendo condenado a seis anos de reclusão. Cumprindo dois anos, vem a ser liberado condicionalmente. O período de prova é de quatro anos. Durante esse tempo, descoberta a autoria do primeiro crime, é processado e condenado irrecorrivelmente após um ano do início do período de prova. Revogado o livramento, a consequência é a de ele ter

de cumprir o restante da pena que estava com a execução suspensa: quatro anos de reclusão. O Código, porém, determina que seja computado na pena o tempo em que esteve solto: um ano. Assim, por meio da detração penal, o período de um ano deve ser computado na pena a cumprir. Diante disso, deve cumprir somente três anos da pena anterior, sem prejuízo da nova sanção, como veremos.

2.º) As duas penas privativas de liberdade podem ser somadas para efeito de concessão de novo livramento condicional. É o que diz a Lei de Execução Penal: “Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, *sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas*” (art. 141) [grifo nosso]. É por isso que o CP, em seu art. 86, II, diz o seguinte: “Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior” à vigência da medida, *sem prejuízo, entretanto, do disposto no art. 84*. E o art. 84 permite a soma de penas para efeito de concessão da medida. Assim, a expressão *sem prejuízo do disposto no art. 84* (“observado o disposto no art. 84 deste Código”) significa: sem prejuízo da soma das duas penas (a pena restante, em relação ao primeiro crime, computando-se nela o tempo em que o condenado esteve solto, e a nova pena). Quando a Lei de Execução Penal, em seu art. 141, refere-se à “soma das duas penas”, não faz referência à pena anterior *por inteiro*, *i. e.*, à pena concretizada na sentença condenatória em relação à qual houve o livramento condicional, mas sim à soma do restante da primeira pena, com o desconto visto no primeiro efeito, com a segunda. Somados o restante da primeira pena com a segunda, o sujeito poderá obter novo livramento condicional, desde que cumpridos mais de um terço ou de metade do total. Para esse efeito não se leva em conta o tempo que ele já cumpriu da primeira pena. Não seria justo que, para a concessão do novo livramento, fosse levado em conta o tempo de cumprimento de pena em relação à primeira condenação. Assim, p. ex., se a soma do restante da primeira pena com a segunda alcança três anos, para obter a nova medida o sujeito tem de cumprir mais da metade ou mais de um terço do *quantum*.

Ex.:

Suponha-se que o sujeito, reincidente em delito doloso, tenha cometido um crime cuja autoria não seja apurada. Meses depois, vem a praticar novo delito, sendo condenado a seis anos de reclusão. Tendo cumprido mais de três anos, vem a ser posto em liberdade condicional exatamente três anos e seis meses após o início do cumprimento da pena. O período de prova é de dois anos e seis meses. Descoberta a autoria do primeiro crime, é processado e condenado irrecorrivelmente a quatro anos de reclusão, exatamente após seis meses do início do período de prova. O livramento condicional é revogado (CP, art. 86, II), devendo cumprir o

tempo que faltava, *i. e.*, dois anos e seis meses de reclusão. Como ficou durante seis meses no gozo do livramento, esse tempo deve ser computado na pena restante (como se tivesse cumprido pena), faltando cumprir, então, da primeira pena, somente dois anos (dois anos e seis meses, menos seis meses). Somadas a pena anterior (dois anos) e a nova pena (quatro anos), temos seis anos de reclusão. Após cumprir três anos e um dia dessa pena poderá obter novo livramento condicional.

Se a nova pena for restritiva de direitos ou multa só se aplicará o primeiro princípio.

b) Efeitos da revogação do livramento condicional em face de condenação irrecorrível por infração cometida durante o período de prova

1.º) Revogado o livramento condicional em face de condenação irrecorrível por infração cometida durante o período de prova, não se admite nova medida em relação à mesma pena (primeira pena). É o que se contém no art. 88 do CP: “Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido...” (em relação à primeira pena). A Lei de Execução Penal, tratando da hipótese, reza o seguinte: “No caso de revogação por outro motivo” (revogação motivada por infração cometida na vigência do período de prova), não “se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento” (art. 142). Em relação à nova pena, porém, o condenado poderá obter livramento condicional, se presentes os seus requisitos. Assim, a lei não permite a soma das duas penas (o restante da anterior e a nova) para efeito de concessão de novo livramento.

2.º) Não se desconta na pena anterior o tempo em que esteve solto o liberado. É o que diz o art. 88 do CP: “Revogado o livramento”, “não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado”. Corresponde ao que determina o art. 142 da Lei de Execução Penal: “No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado”.

Ex.:

O sujeito é condenado a cinco anos de reclusão. Tendo cumprido dois anos e seis meses, requer a concessão do livramento condicional, iniciando-se o período de prova quando completa três anos de cárcere. O período de prova é de dois anos. Pratica novo crime, sendo condenado irrecorrivelmente um ano após o início do período de prova. O livramento condicional é revogado. O tempo em que esteve solto (um ano) não é computado na pena que resta cumprir (dois anos), não se admitindo novo livramento condicional em relação a ela. Terá de cumprir o restante da pena anterior (dois anos de reclusão) e a pena imposta em consequência do segundo crime. Em relação a esta poderá obter livramento condicional, desde que preenchidos os seus pressupostos.

Imposta na nova sentença condenatória multa ou pena restritiva de direitos (CP, art. 87, parte final), não se admite novo livramento condicional em relação à primeira pena. Nem se desconta nela o período de prova.

c) Efeitos da revogação do livramento condicional por descumprimento das condições impostas na sentença

Revogado o livramento condicional, por ter o liberado deixado de observar alguma das condições impostas pelo juiz na sentença concessiva, ocorrem os seguintes efeitos:

1.º) o sentenciado tem de cumprir a pena que se encontrava com execução suspensa;

2.º) não é computado na pena o tempo em que esteve solto;

3.º) não pode mais ser favorecido por novo livramento condicional em relação a essa pena.

Ex.:

O sujeito é condenado a cinco anos de reclusão. Cumpridos dois anos e seis meses, requer livramento condicional, nos termos do art. 83, II, do CP, iniciando-se o período de prova quando completa três anos de cumprimento da pena. O período de prova é de dois anos. Quando completa um ano do período de prova, a medida é revogada por descumprimento de uma das condições impostas pelo juiz. O sentenciado deve cumprir o restante da pena, dois anos, não se computando o ano em que esteve solto. Em relação a essa pena, não pode obter novo livramento condicional. Aplica-se o disposto no art. 142 da Lei de Execução Penal: “No caso de revogação por outro motivo” (que não por infração anterior à vigência do período de prova, art. 141), “não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento”. Corresponde ao disposto no art. 88 do CP: “Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido” (em relação à primeira pena), “e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado”.

8. EXTINÇÃO DA PENA

Se até o término do período de prova o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade (CP, art. 90). Regra idêntica se encontra na Lei de Execução Penal: “O juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação” (art. 146).

Suponha-se que o período de prova seja de dois anos. Significa que a pena suspensa é de dois anos. Revogado o livramento condicional, conforme a hipótese, o liberado tem de cumpri-la. Não havendo causa de revogação, ao término do período de prova o juiz declara extinta a pena de dois anos.

A sentença é meramente declaratória e não constitutiva. Assim, tem-se por extinta a punibilidade na data do término do período de prova e não na em que o juiz profere o despacho.

9. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVA

Suponha-se que o beneficiário cometa novo crime durante a vigência do livramento, encontrando-se em andamento a ação penal por ocasião do término do período de prova. O juiz deve declarar a extinção da pena pelo término do período de prova sem revogação? Não. Nos termos do art. 89, “o juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento”. Então, o período de prova é prorrogado até que transite em julgado a sentença em relação à nova infração penal. É o que se contém no art. 145 da Lei de Execução Penal: “Praticada pelo liberado outra infração”, é suspenso “o curso de livramento condicional, cuja revogação ficará, entretanto, dependendo da decisão final”. Se o liberado for condenado pela prática do novo crime, será revogado; se for absolvido, o juiz declarará a extinção da punibilidade em relação à pena imposta em consequência do crime anterior. Esta última hipótese é prevista no art. 146 da Lei de Execução Penal: “O juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade”, se, prorrogado o período de prova pela prática de infração penal durante o benefício, “expirar o prazo do livramento sem revogação”.

Respondendo o liberado por crime cometido antes da vigência da medida, ao término do período de prova o juiz pode declarar a extinção da punibilidade? Por que o art. 89 só trata da hipótese de crime cometido na vigência do livramento condicional?

Se, ao término do período de prova, o liberado está respondendo por crime cometido durante a sua vigência, o prazo (do período de prova) é prorrogado, não podendo o juiz declarar a extinção da punibilidade enquanto não transitar em julgado a sentença absolutória. *A contrario sensu*, se, ao término do período de prova, o liberado está respondendo por crime cometido antes da sua vigência, o juiz deve decretar a extinção da pena, não havendo prorrogação.

Qual a razão da diferença?

Ocorre que, tratando-se de revogação por motivo de crime praticado antes do período de prova, o tempo em que esteve solto o beneficiário é computado no lapso da pena a cumprir. Assim, se até o término do período de prova não teve desfecho a ação penal em relação ao crime cometido antes da vigência do livramento, todo o período de prova, que corresponderia à pena a ser cumprida, é computado como se fosse de execução efetiva. Então, terminado o período de prova, mesmo que fosse revogado o livramento, não haveria pena a cumprir. Logo, o juiz deve decretar a extinção da pena pelo decurso do período de prova. Suponha-se que, em vez de isso ocorrer, fosse prorrogado o período de prova até o julgamento definitivo da nova ação penal, sendo irrecorrivelmente condenado o liberado. Teria de cumprir o restante da pena anterior e a nova pena. Mas, no restante da pena anterior, correspondente ao período de prova, teria de ser computado o tempo em que esteve solto. Ora, ele esteve solto durante o período de prova e durante a prorrogação, até o julgamento definitivo da nova ação penal. O tempo em que esteve solto suplanta o período do restante da pena que estava suspensa. Não há, pois, o que computar. Em face disso, a extinção da punibilidade em relação à pena anterior deve ser logo declarada.

Assim como no *sursis*, entendemos que durante a prorrogação do período de prova do livramento condicional não perduram as condições *judiciais* impostas pelo juiz na sentença.

10. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO

O art. 67 da Lei n. 6.815, de 19-8-1980, determina que, “desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação”. Assim, nos casos em que a expulsão é cabível (art. 65), pode ela efetivar-se, ainda que, em tese, seja caso de concessão de livramento condicional. De modo que, embora concedido pelo Judiciário, o livramento condicional não impede que o Poder Executivo a decrete (art. 66).

Capítulo LXI

DOS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL

1. NOÇÕES PRELIMINARES

Condenação é o ato do juiz por meio do qual impõe uma sanção penal ao sujeito ativo de uma infração. Ela transforma o preceito sancionador da norma penal incriminadora de abstrato em concreto (Liebman).

A condenação penal irrecorrível produz efeitos:

- a) principais;
- b) secundários.

Corresponde aos efeitos principais a imposição das penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), restritivas de direitos, pecuniária e eventual medida de segurança. O CPP, no art. 387, determina ao juiz, na sentença condenatória, impor as penas, fixando-lhes a quantidade (inc. III) e, se for caso, a medida de segurança.

A par dos efeitos principais a condenação penal produz outros, denominados secundários, reflexos ou acessórios, de natureza penal e extra-penal.

A condenação produz os seguintes efeitos secundários de natureza penal:

- a) é pressuposto da reincidência (CP, art. 63);
- b) impede, em regra, o *sursis* (art. 77, I);
- c) causa a revogação do *sursis* (art. 81, I, e § 1.º);
- d) causa a revogação do livramento condicional (art. 86);

e) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, *in fine*);

f) transitada em julgado, a prescrição da pretensão executória não se inicia enquanto o condenado permanece preso por outro motivo (art. 116, parágrafo único);

g) causa a revogação da reabilitação (art. 95);

h) tem influência na exceção da verdade no crime de calúnia (art. 138, § 3.º, I e III);

i) impede o privilégio dos arts. 155, § 2.º; 170; 171, § 1.º; e 180, § 3.º, 1.ª parte, em relação ao segundo crime;

j) aumenta a pena da contravenção de porte de arma branca (LCP, art. 19, § 1.º);

l) constitui elementar da figura típica da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (LCP, art. 25).

Entre os efeitos secundários extrapenais da condenação incluem-se os de natureza civil e administrativa, interessando-nos neste capítulo:

a) a obrigação de reparação do dano resultante do crime, prevista no art. 91, I, do CP (obrigação para com o sujeito passivo ou prejudicado pelo crime);

b) o confisco, previsto no art. 91, II (obrigação para com o Estado);

c) a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, I);

d) a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela (art. 92, II); e

e) a inabilitação para dirigir veículo (inc. III).

Esses efeitos da condenação podem ser classificados em:

a) genéricos (art. 91); e

b) específicos (art. 92).

2. CONDENAÇÃO PENAL E REPARAÇÃO CIVIL

A Const. Federal, no art. 5.º, V, assegura o direito à “indenização por dano material, moral ou à imagem”. Nos termos do art. 186 do CC, aquele que por “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato

ilícito”. E o art. 91, I, do CP determina que a sentença condenatória tem o efeito de “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Por sua vez, o CPP, em seu art. 63, preceitua que, “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito de reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”. No parágrafo único da disposição, acrescentado pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008, consta que “transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

Antes do advento da Lei n. 11.719, de 2008, a sentença penal condenatória produzia um título executivo judicial ilíquido. A sentença penal condenatória funcionava como sentença meramente declaratória no tocante à indenização civil, pois nela não havia mandamento expresso de o réu reparar o dano resultante do crime.

Com as alterações produzidas no CPP, a sentença penal condenatória, quando fixado judicialmente em seu âmbito o valor mínimo da indenização devida, constituirá título executivo judicial líquido. Não se excluirá, contudo, a possibilidade de liquidação para apurar o montante efetivo do dano sofrido. Segundo cremos, tal liquidação não poderá resultar numa depreciação, mas somente na manutenção ou no incremento do valor fixado a título de indenização devida ao ofendido.

Assim, transitada em julgado a sentença penal condenatória, poderá a vítima (seu representante legal ou seus herdeiros) optar por executá-la pelo valor mínimo já estipulado ou, então, promover a liquidação visando à apuração do *quantum* da reparação. A condenação penal irrecorrível faz coisa julgada no cível para efeito da reparação do dano, não se podendo mais discutir a respeito do *an debeat*, mas somente sobre eventual aumento do *quantum debeat*. Significa que o causador do dano não poderá mais discutir no juízo cível se praticou o fato ou não, se houve relação de causalidade entre a conduta e o resultado ou não, se agiu ilicitamente ou não, se agiu culpavelmente ou não. Só se pode discutir a respeito da importância da reparação, repita-se, na hipótese de a vítima ou os demais legitimados optarem por liquidar os danos para apuração do montante efetivo.

E se a sentença penal somente impôs medida de segurança?

Tratando-se de sentença absolutória, não pode ser executada no juízo cível para efeito de reparação do dano. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 64 do CPP. Cuidando-se, entretanto, da hipótese do parágrafo único do art. 26 do CP, em que a sentença é condenatória, pode ser executada no juízo cível.

A extinção da punibilidade impede a execução da sentença penal condenatória para efeito de reparação do dano?

Não. A extinção da punibilidade, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não exclui o seu efeito secundário de obrigar o sujeito à reparação do dano. E se a extinção da punibilidade decorrer da prescrição retroativa¹?

Não subsiste a sentença condenatória para efeito da reparação do dano.

E se decorrer de anistia?

A anistia rescinde a sentença condenatória no plano penal, subsistindo o efeito civil da reparação do dano. Por isso, pode ser executada.

Quando o titular do direito à reparação for pobre, a execução da sentença condenatória será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público (CPP, art. 68).

3. “ACTIO CIVILIS EX DELICTO”

O art. 935 do CC diz que a responsabilidade civil é independente da criminal. Assim, o sujeito pode ser absolvido no juízo criminal em face da prática de um fato inicialmente considerado delituoso e, entretanto, ser obrigado à reparação do dano no juízo cível. O agente pode ser civilmente obrigado à reparação do dano, embora o fato causador do prejuízo não seja típico. Assim, em regra, a responsabilidade do agente numa esfera não implica a responsabilidade em outra.

Em consonância com essa orientação, segundo a qual nossa legislação não adotou o sistema da absoluta separação entre a ação penal e a ação civil, o CPP, em seu art. 64, reza o seguinte: “Sem prejuízo do disposto no artigo anterior” (que trata da execução da sentença penal condenatória), “a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil”.

Assim, em face da prática de um crime, o ofendido (representante legal ou herdeiro) pode agir de duas formas:

a) aguardar o desfecho da ação penal; transitando em julgado a sentença condenatória, pode ingressar no juízo cível com o pedido de execução para efeito de reparação do dano;

1. Deve-se anotar que a prescrição retroativa foi extinta pela Lei n. 12.234/2010, somente se admitindo seu reconhecimento para fatos anteriores à entrada em vigor desta lei, que se deu em 6-5-2010.

b) ingressar desde logo no juízo cível com a ação civil de reparação do dano (*actio civilis ex delicto*).

E se as duas ações (a penal e a civil) se encontram em andamento?

Neste caso, aplica-se o disposto no art. 64, parágrafo único, do CPP: “Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela”. A disposição visa a impedir decisões contraditórias.

O despacho de arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação impede a propositura da *actio civilis ex delicto*?

Não, nos termos do que dispõe o art. 67, I, do CPP. Suponha-se que o Promotor Público, embora reconhecendo que o indiciado causou prejuízo à vítima, considere que o fato não é típico, constituindo mero ilícito civil, pelo que requer o arquivamento do inquérito policial, sendo deferido o pedido pelo juiz. É claro que não fica o ofendido impedido de exercer a *actio civilis ex delicto*.

A decisão que decreta a extinção da punibilidade impede a propositura da ação civil de reparação do dano?

Não, em face do que dispõe o art. 67, II, do CPP.

4. ABSOLVIÇÃO PENAL E REPARAÇÃO CIVIL

Em face da independência da responsabilidade penal e civil, em princípio a sentença penal absolutória não impede a *actio civilis ex delicto*. É o que diz o art. 66 do CPP: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Os casos de absolvição criminal estão previstos no art. 386, I a VII, do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.690, de 9-6-2008):

- a) estar provada a inexistência do fato;
- b) não haver prova da existência do fato;
- c) não constituir o fato infração penal;
- d) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- e) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- f) não existir prova suficiente para a condenação; e

g) existir causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade, ou houver fundada dúvida a esse respeito.

Vamos examinar as várias hipóteses:

a) Absolução em face de estar provada a inexistência do fato

É o caso de o juiz reconhecer categoricamente que não ocorreu o fato narrado na peça inicial da ação penal. Reconhecido que não houve o fato material, que nada tem que ver com os elementos subjetivos e normativos do tipo, fica impedida a via civil de reparação do dano. É o que diz o art. 935 do CC: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato” quando esta questão se achar decidida no juízo criminal. É a hipótese do art. 66, *in fine*, do CPP: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

b) Absolução criminal em face de não haver prova da existência do fato

Neste caso, embora o juiz não tenha reconhecido categoricamente a inexistência do fato material, não reconheceu também que o fato existiu, por força da dubiedade da prova. Funciona o *in dubio pro reo*, devendo o sujeito ser absolvido. Na esfera cível, poder-se-á provar a existência do fato, pelo que não está impedido o exercício da ação de reparação do dano emergente da conduta.

c) Absolução criminal em face de não constituir o fato infração penal

É o caso de ser atípico o fato narrado na peça inicial da ação penal. Absolvido o réu, nada obsta ao exercício da ação civil, pois o fato, embora não constitua ilícito penal, pode constituir ilícito civil. É o que determina o art. 67, III, do CPP.

O erro de tipo, excluindo apenas a tipicidade e, assim, subsistindo a antijuridicidade, não impede a ação civil de reparação do dano (CP, art. 20, *caput*). É necessário, contudo, que seja essencial e escusável.

d) Absolução criminal em face de estar provado que o réu não concorreu para a prática da infração penal

Cuida-se da negativa de autoria, cabalmente demonstrada em juízo. Considerando o disposto nos arts. 66 do CPP e 935 do CC, a absolvição penal lastreada em prova segura de que o agente não concorreu, direta ou indiretamente, para a prática da infração penal (CPP, art. 386, IV), faz coisa julgada no cível.

e) Absolvição criminal em face de não existir prova de ter o réu concorrido para a prática da infração penal

Suponha-se que o sujeito seja processado por crime de peculato-furto (CP, art. 312, § 1.º), apresentando defesa no sentido de que não se encontrava no local no momento de sua ocorrência. Suponha-se que o réu não consiga prova suficiente do conteúdo da defesa, nem a acusação consiga provar que se encontrava no local no instante da prática do crime. O réu deve ser absolvido, nos termos do art. 386, V, do CPP. Em face de o juiz não haver negado, categoricamente, a existência do fato material e a autoria (CC, art. 935; CPP, art. 66), fica livre a esfera civil para o exercício da ação de reparação do dano. Caso, entretanto, reconhecer o juiz criminal, de forma categórica, a negativa da autoria (CPP, art. 386, IV), não caberá a ação civil (CC, art. 935).

f) Absolvição criminal em face de não existir prova suficiente para a condenação

É o caso de o réu não conseguir provar ter agido à sombra de causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, subsistindo dúvida no espírito do juiz a respeito da ocorrência de uma dessas causas. O réu deve ser absolvido, aplicando-se o disposto no art. 386, VII, do CPP. Isso, porém, não impede o exercício da ação civil.

g) Absolvição criminal em face de existir causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade ou haver fundada dúvida sobre sua existência (CPP, art. 386, VI)

São causas de exclusão da antijuridicidade: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito (CP, art. 23).

São causas de exclusão da culpabilidade: o erro de proibição (art. 21), a coação moral irresistível (art. 22, 1.ª parte), a obediência hierárquica (art. 22, 2.ª parte), a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (incluindo a menoridade penal) ou retardado (arts. 26, *caput*, e 27) e a inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (CP, art. 28, § 1.º).

Em regra, quando a absolvição criminal se fundamenta na comprovada existência de causa excludente da antijuridicidade, fica impedido o exercício da ação civil de reparação do dano. Com efeito, o art. 188 do CC diz que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa, estado de necessidade ou no exercício regular de direito, em que se inclui o

estrito cumprimento do dever legal. E, nos termos do art. 65 do CPP, “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. Isso significa que, se o juiz criminal absolver o réu com fundamento nas causas do art. 23 do CP, no juízo cível não poderá mais ser discutida a matéria. Assim, se no juízo criminal o réu for absolvido com fundamento na legítima defesa, no juízo cível não poderá mais ser discutido se o sujeito praticou o fato em legítima defesa ou não. A decisão criminal faz coisa julgada no cível. E se o art. 188 do CC diz que não constituem atos ilícitos os fatos cometidos nos termos do art. 23 do CP, em regra não cabe a *actio civilis ex delicto*. Por que “em regra”? Porque, se a lei civil, reconhecendo que o fato é lícito, não mencionar qualquer efeito sobre o direito à reparação do dano, o prejudicado não poderá intentar a ação civil de reparação dos prejuízos eventualmente sofridos. Ao contrário, se a lei civil, embora reconhecendo a licitude do fato, mencionar o efeito da reparação do dano, o prejudicado poderá intentar a *actio civilis ex delicto*. Assim, a absolvição criminal com base nas causas de exclusão da antijuridicidade em regra exclui o exercício da ação civil de reparação do dano. Só não o exclui quando a lei civil, embora reconhecendo a licitude do fato, determina a obrigação do ressarcimento do dano.

Em que caso a absolvição criminal em face de incidência de causas de exclusão da antijuridicidade não exclui a *actio civilis ex delicto*?

Caso dos arts. 929 e 930 do CC.

Diz o art. 929, em outros termos:

Se o dono da coisa, no caso do art. 188, II (estado de necessidade), não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreu.

Determina o art. 930, em outros termos:

Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 188, II, o autor do dano, para haver a importância que tiver ressarcido ao dono da coisa.

Suponha-se que o sujeito, em estado de necessidade, tenha praticado um fato típico, causando dano ao patrimônio de terceiro. É processado e absolvido com fundamento nos arts. 23, I, e 24, do CP (CPP, art. 386, VI). O terceiro pode intentar a ação civil de reparação do dano? Pode, nos termos dos arts. 929 e 930 do CC.

E se o perigo foi causado por terceiro?

Neste caso, a ação civil deve ser proposta contra o causador do dano, *i. e.*, contra o sujeito que foi absolvido no juízo criminal por força do estado de necessidade, ficando este com direito regressivo contra o autor do

perigo (CC, art. 930). O certo seria o prejudicado desde logo intentar a ação civil contra o autor do perigo, mas o CC determina em sentido diferente.

Não pode haver ação civil de reparação do dano quando o fato é praticado em legítima defesa contra o autor da agressão. Assim, se *A* agride injustamente *B*, e este, em legítima defesa, pratica homicídio contra aquele, aos herdeiros da vítima não cabe a *actio civilis ex delicto*. Se, porém, é atingida pessoa inocente, não fica impedida a via civil para o ressarcimento dos prejuízos.

A absolvição penal lastreada em fundada dúvida sobre a presença de causa de exclusão da ilicitude não produz coisa julgada no cível, vale dizer, não impede a propositura da ação civil *ex delicto*.

A absolvição criminal com fundamento em causa excludente da culpabilidade (CP, arts. 21, 22, 26, *caput*, e 28, § 1.º) não impede a ação civil de reparação do dano. Assim, cabe a ação civil embora o agente tenha sido absolvido irrecorrivelmente no juízo penal por incidência de erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica, inimputabilidade por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto (incluindo-se a menoridade penal) ou retardado, ou por inimputabilidade em face de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. Note-se que o art. 65 do CPP só trata das causas de exclusão da ilicitude, enquanto o art. 66 do mesmo Código impede a ação civil somente quando ficar reconhecida a inexistência do fato material de forma categórica.

E se o réu é absolvido por legítima defesa putativa? É cabível a ação civil de reparação do dano?

É. A legítima defesa putativa exclui a tipicidade do fato por exclusão do dolo (CP, art. 20, § 1.º, 1.ª parte) ou a culpabilidade (art. 21), conforme o caso, subsistindo a ilicitude. Não se aplica, pois, o disposto no art. 65 do CPP.

E se o réu é absolvido no juízo criminal por ausência de culpa?

Não fica impedida a ação civil, desde que no juízo penal não tenha sido reconhecida categoricamente a inexistência material do fato (CPP, art. 66).

5. CONFISCO

a) Conceito

Confisco é a perda de bens do particular em favor do Estado². A Const. Federal, em seu art. 5.º, XLVI, *b*, prevê a “perda de bens” como pena.

2. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1953, v. 3, p. 308.

b) Permissão

O confisco permitido pelo art. 91, II, do CP não incide sobre bens particulares do sujeito, mas sim sobre instrumentos e produto do crime. Cuida-se de um meio mediante o qual o Estado procura impedir que instrumentos idôneos para delinquir caiam em mãos de certos sujeitos, ou que o produto do crime enriqueça o patrimônio do delinquente.

Só é permitido em relação aos crimes, sendo inadmissível nas contravenções.

c) Confisco como efeito da condenação

O art. 91, II, determina que a condenação penal opera o efeito secundário da perda, “em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

A alínea *a* trata dos *instrumenta sceleris*, que são os objetos empregados pelo agente na realização do crime. Não são todos os instrumentos que podem ser confiscados, mas somente os que consistem em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Assim, não pode ser confiscado o automóvel com o qual o sujeito pratica um crime automobilístico, pois não constitui fato ilícito o seu fabrico, alienação ou uso. O mesmo se diga da locomotiva, do avião ou do navio com os quais é realizado o crime. Suponha-se que um crime de lesão corporal seja praticado com emprego de um livro ou uma caneta. Estes objetos, embora constituam *instrumenta sceleris*, não podem ser confiscados. Exemplos de instrumentos que devem ser confiscados: moeda falsa, arma de pessoa sem porte empregada na prática de crime, arma de uso exclusivo do Exército, máquina de cunhar moeda falsa, gazuas, documento falso etc.

A alínea *b* trata dos *producta sceleris*. De acordo com Roberto Lyra, produtos do crime são as coisas adquiridas diretamente com o delito (coisa roubada), ou mediante sucessiva especificação (joia feita com o ouro roubado), ou conseguidas mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado) ou criadas com o crime (moeda falsa)³. O Código também prevê o confisco de qualquer outro bem (móvel ou imóvel) ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do crime, como o *pretium sceleris*.

3. *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1958, v. 2, p. 553.

O Código determina o confisco dos *instrumenta e producta sceleris*, ressalvado “o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”. Significa que até os objetos cujo fabrico, alienação, porte, uso ou detenção constitui conduta ilícita, precisam ser devolvidos ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, desde que a eles pertençam?

A resposta foi dada por Espínola Filho: “Somente em casos especiais, por desaparecerem as causas da proibição de fabricar, possuir e usar tais objetos, ante uma autorização, pode efetuar-se a restituição ao lesado, ou a terceiro, de coisas dessa ordem. É quando se trata de objetos cuja fabricação, posse, uso, alienação não é proibida de modo absoluto, mas só é permitida a certas pessoas, em razão de sua qualidade ou função, ou mediante autorização adrede dada”⁴.

Exs.:

Uma moeda falsa é subtraída de um museu. Condenado o sujeito, se ainda não ocorreu a restituição, deve ser devolvida ao museu, ressalvando-se “o direito do lesado” (o museu).

Suponha-se que um colecionador possua arma de uso exclusivo do Exército, mediante autorização da autoridade competente. É solicitado o seu empréstimo com a finalidade de ser mostrada numa exposição, mediante prévia autorização da autoridade. O expositor pratica um crime de homicídio empregando-a como instrumento. Condenado, a arma deve ser devolvida ao terceiro de boa-fé (o colecionador).

6. EFEITOS ESPECÍFICOS

De acordo com o art. 92 do CP, com redação da Lei n. 9.268/96, são também efeitos (específicos) da condenação:

“I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais casos;

4. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, Borsoi, 1960, v. 2, p. 362.

II — a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III — a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso”.

No primeiro caso, o Código prevê os denominados crimes funcionais, que se encontram descritos, dentre outros dispositivos, nos arts. 312 a 326.

As expressões “cargo” e “função pública” devem ser analisadas nos termos do que dispõe o art. 327, que conceitua a figura do funcionário público para efeitos penais: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. “Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal” (parágrafo único).

Tratando-se de crime referente a contratos e licitações da Administração Pública cometido por funcionário público, a perda de cargo etc. resulta do disposto no art. 83 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993.

A perda de mandato eletivo deve ser reservada para os casos em que o delito se mostra objetivamente grave. Difere da proibição do exercício de mandato eletivo, que constitui pena restritiva de direitos (CP, art. 47, I). Reabilitado, o condenado poderá exercer outro mandato, não porém aquele que perdeu.

Nesses casos, a condenação só produz o efeito específico quando impõe pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano.

Na lei nova, cumpre distinguir:

a) nos delitos funcionais típicos, praticados com violação funcional ou abuso de poder, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo resulta de condenação a pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano (art. 92, I, *a*, do CP);

b) nos demais casos, *i. e.*, nos crimes comuns cometidos por funcionário público, a referida perda advém de condenação a pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos (alínea *b*), ou seja, quatro anos e um dia.

Tratando-se, *v. g.*, de condenação a um ano de reclusão por corrupção passiva simples, crime funcional típico descrito no art. 317, *caput*, do CP, opera-se a perda do cargo (alínea *a*); se o funcionário público, em outro caso, vem a ser condenado por crime cometido fora do exercício da função (delito comum), dá-se a perda do cargo somente se a pena privativa de liberdade for superior a quatro anos. Ex.: homicídio simples consumado, em que a pena mínima é de seis anos de reclusão.

A incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, depende de duas condições:

- 1.^a) que o crime seja doloso; e
- 2.^a) que seja cominada pena de reclusão.

Trata-se de incapacidade permanente.

O terceiro efeito específico da condenação é a inabilitação para dirigir veículo. Depende de dois requisitos:

- 1.^o) que o crime seja doloso; e
- 2.^o) que o veículo tenha sido utilizado “como meio” para a sua prática.

Em matéria penal, o automóvel aparece como:

- a) causa da prática de crimes;
- b) instrumento para a prática delituosa; e
- c) objeto material do crime⁵.

No primeiro caso, o veículo surge como causa material de infrações penais, como danos pessoais no trânsito etc. No último, como objeto material de furtos, apropriações indébitas etc. No segundo, como meio material de execução do crime doloso, como homicídio e lesão corporal, tráfico de entorpecentes etc. Somente nessa hipótese é que a condenação produz o efeito específico da inabilitação para dirigir veículo. De ver que, tratando-se de tráfico de drogas, por força dos arts. 62 e 63 da Lei n. 11.343, de 23-8-2006, dar-se-á o perdimento dos veículos utilizados para o cometimento desses crimes em favor do FUNAD — Fundo Nacional Antidrogas.

Em todos os casos do art. 92 do CP o efeito não é automático, devendo ser motivadamente declarado na sentença (parágrafo único). A imposição é facultativa e não obrigatória.

5. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1961, v. 4, p. 241, n. 3.

Capítulo LXII

DA REABILITAÇÃO

1. CONCEITO E EFEITOS

Reabilitação é a reintegração do condenado no exercício dos direitos atingidos pela sentença. Na reforma penal de 1984, trata-se de causa suspensiva de alguns efeitos secundários da condenação. No regime antigo, era um benefício que, consistente no cancelamento da pena acessória de interdição de direitos, podia ser concedido ao condenado, desde que presentes certos requisitos.

Atualmente, a reabilitação não alcança somente as interdições de direitos, mas quaisquer penas (CP, art. 93, *caput*).

Em face do CP de 1890, o instituto da reabilitação configurava espécie de *restitutio in integrum*, exigindo um processo que tinha por fim a reparação de erro ou injustiça da sentença (art. 86). O CP de 1940 desvinculou a reabilitação dessa finalidade, colocando-a a serviço da Polícia Criminal, permitindo ao condenado sua reintegração na sociedade. A inovação, porém, foi muito restrita, pois só permitia que alcançasse algumas penas acessórias de interdições de direitos. Daí o alcance da Lei n. 5.467, de 5-7-1968, estendendo a reabilitação a “quaisquer penas impostas por sentença definitiva”. Mostrou-se o legislador sensível às críticas formuladas pelos julgadores e doutrinadores a respeito da restrição legal antiga. Inúmeros acórdãos, dando interpretação elástica ao disposto no antigo art. 748 do CPP, estendiam os efeitos da reabilitação além da extinção de algumas penas acessórias de interdições de direitos, impondo silêncio sobre as condenações anteriores na folha de antecedentes do reabilitado e em certidões extraídas dos livros do juízo, salvo se requisitadas por juiz criminal. Assim, em face de nosso direito, a reabilitação criminal ficou com a finalidade de conferir ao reabilitado um boletim de antecedentes criminais sem anotações (CP, art.

93, *caput*, parte final). De ver que esse mesmo efeito consta da Lei de Execução Penal, sem limitação de tempo após a extinção da pena. Diz o seu art. 202: “Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”. De modo que o condenado, para obter o efeito da reabilitação referente ao sigilo da condenação, não deverá aguardar o prazo do art. 94, *caput*, do CP: tê-lo-á ao término do cumprimento da pena ou de sua extinção por outra causa.

A reabilitação também pode extinguir os efeitos específicos da condenação (art. 92). Entretanto, é vedada a reintegração na situação anterior nos casos de perda de cargo ou função pública (inc. I) e incapacidade para exercício do poder familiar, tutela ou curatela (CP, arts. 92, II, e 93, parágrafo único). Significa que o condenado que perdeu o cargo etc. não pode, reintegrado, ser reconduzido ao exercício do mesmo cargo etc., com reparação de vantagens, vencimentos etc. Assim também aquele que perdeu o poder familiar etc. não pode voltar a exercê-lo em relação ao sujeito passivo do delito. Nas duas hipóteses, contudo, o reabilitado pode, respectivamente, vir a exercer outro cargo ou função pública, ou exercer o poder familiar etc. em relação a outras pessoas. Quanto à inabilitação para dirigir veículo (CP, art. 92, III), pode o reabilitado voltar a fazê-lo, não havendo restrição legal.

Ela não rescinde a condenação; assim, vindo o reabilitado a cometer novo delito dentro do prazo no art. 64, I, do CP, será considerado reincidente.

2. CONDIÇÕES

A reabilitação poderá ser requerida decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar sua execução, computando-se o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, sem revogação, desde que o condenado (CP, art. 94, *caput*):

- a) tenha tido domicílio no País no prazo acima referido (inc. I);
- b) tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado (inc. II);
- c) tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida (inc. III).

Em alguns casos, não há falar em reparação do dano. Ex.: condenação por ato obsceno.

Negada a reabilitação, poderá ser novamente requerida, a qualquer tempo, desde que o requerimento seja instruído com novos elementos necessários (CP, art. 94, parágrafo único).

A reabilitação deverá ser revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado vier a ser definitivamente condenado, como reincidente, desde que a pena não seja de multa (CP, art. 95). Quanto à reincidência, é necessário que o crime posterior não tenha sido cometido depois do prazo do art. 64, I, do CP. Quanto à pena, é preciso que seja privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Nota-se que a reabilitação só pode ser revogada dentro do prazo do art. 64, I, do CP. Fora dele, não havendo reincidência, torna-se inaplicável o art. 95. Cometido, entretanto, o novo delito, dentro do período depurador, o réu é reincidente, revogando-se o benefício. Vê-se, pois, que, em princípio, a reabilitação não impede a reincidência.

A pretensão é pessoal e intransferível. Falecendo o condenado, o seu exercício não se transfere aos herdeiros.

VI — DA PERSECUÇÃO PENAL

Capítulo LXIII

DA AÇÃO PENAL

1. CONCEITO

As disposições contidas no CP a respeito da ação penal são normas de natureza processual penal, salvo as que tratam da decadência do direito de queixa e representação, renúncia e perdão (arts. 103 a 106). A circunstância de a disposição encontrar-se no CP não significa necessariamente que possua cunho material. Ocorre que, encontrando-se na Parte Especial várias normas a respeito da espécie da ação penal, viu-se obrigado o legislador a inserir na Parte Geral disposições explicativas a respeito da matéria (arts. 100 e s.). Isso, porém, não quer dizer que referidas normas tenham cunho penal, pois a natureza de uma lei não depende do estatuto em que se acha. Tanto que o conteúdo das normas dos arts. 100 e s. do CP é encontrado também no CPP (arts. 24 e s.). Por esse motivo, vamos examinar somente as disposições do CP a respeito da matéria da ação penal, citando incidentemente alguns dispositivos do CPP. Entendemos que um estudo mais aprofundado e pormenorizado pertence a uma obra sobre Processo Penal e não sobre Direito Penal.

Ação penal é o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo¹.

2. CLASSIFICAÇÃO

A ação penal classifica-se tendo em vista o objeto jurídico do delito e o interesse do sujeito passivo em movimentar a máquina judiciária no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo ao fato cometido pelo agente.

1. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 3, p. 334.

Certas objetividades jurídicas são de tal importância para o Estado que ele reserva a si a iniciativa do procedimento policial e da ação penal. São as hipóteses de crimes de ação penal pública.

Pode ocorrer que o comportamento lesivo venha a atingir um bem da esfera íntima do ofendido, pelo que o Estado reserva só a este a iniciativa do procedimento policial e do processo penal. Surgem os casos de crimes de ação penal privada.

Explicando detalhadamente:

Conforme o caso, a conduta do sujeito lesa um interesse jurídico de tal importância que a ação penal deve ser iniciada sem a manifestação de vontade de qualquer pessoa. Assim, no crime de homicídio, em que o objeto jurídico é o direito à vida, o exercício da ação penal não depende de manifestação de vontade de qualquer pessoa. A autoridade policial, tomando conhecimento da prática do fato, deve proceder de ofício. Em juízo, a ação penal deve ser exercida pelo seu titular sem que se submeta a qualquer requisito. No crime de furto, a ação penal deve ser iniciada mesmo contra a vontade do sujeito passivo. Nesses casos, a titularidade da ação penal pertence ao Estado.

Em certos crimes, a conduta típica atinge tão seriamente o plano íntimo e secreto do sujeito passivo que a norma entende conveniente, não obstante a lesividade, seja considerada a sua vontade de não ver o agente processado, evitando que o bem jurídico sofra outra vez a lesão por meio do *strepitus fori*. Há uma colisão de interesses, entre a exigência de repressão do sujeito ativo e a vontade da vítima, de que a sociedade não tome conhecimento do fato que lesionou a sua esfera íntima. Nesses casos, em consideração ao segundo interesse, o Estado permite que a conveniência do exercício da ação penal seja julgada pela vítima ou seu representante legal. É o que ocorre com a ação penal por crime de violação de segredo profissional (art. 154), em que o agente só pode ser processado quando a vítima ou seu representante legal manifestar vontade nesse sentido. A titularidade da ação penal pertence ao Estado, mas ele faz com que o seu exercício dependa da vontade do particular.

É possível que, não obstante o crime atinja um bem de natureza pública, por motivo político, haja conveniência de que o interesse de ser processado o agente seja julgado pelo Ministro da Justiça. É o caso previsto no art. 7.º, § 3.º, *b*, do CP, em que a aplicação da lei penal brasileira e o exercício da ação penal dependem de requisição ministerial.

Outras vezes, a objetividade jurídica do crime corresponde a um interesse vinculado exclusivamente ao particular, pelo que o Estado lhe outorga

a titularidade da ação penal. Significa que o titular da ação penal não é o Estado, como acontece nos casos anteriores, mas o sujeito passivo ou seu representante legal, a quem se outorga a iniciativa e a movimentação. É o que ocorre com o crime de injúria praticado contra um particular (art. 140), em que a titularidade da ação penal pertence à vítima ou a seu representante legal (art. 145, *caput*).

Por fim, é possível que a titularidade da ação penal pertença ao Estado, mas seu representante não a exerça dentro do prazo legal. Nesse caso, a lei outorga ao particular ofendido o direito de iniciar o exercício do *jus persequendi in judicio*. É a hipótese do art. 100, § 3.º, do CP.

Quando a titularidade da ação penal pertence ao Estado, *i. e.*, quando o direito de iniciá-la é do Estado, denomina-se *ação penal pública*. Possui duas formas:

- a) ação penal pública incondicionada;
- b) ação penal pública condicionada.

A ação penal é pública incondicionada quando o seu exercício não se subordina a qualquer requisito. Significa que pode ser iniciada sem a manifestação de vontade de qualquer pessoa. Ex.: ação penal por crimes de homicídio, aborto, infanticídio, lesão corporal grave, furto, estelionato, peculato etc.

A ação penal é pública condicionada quando o seu exercício depende de preenchimento de requisitos (condições). Possui duas formas:

- a) ação penal pública condicionada à representação;
- b) ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.

Nos dois casos, a ação penal não pode ser iniciada sem a representação ou a requisição ministerial. Exs.: arts. 7.º, § 3.º, *b*; 153; 154; 156, § 1.º; 176, parágrafo único, 1.ª parte etc.

Quando a titularidade da ação penal pertence ao particular, *i. e.*, quando o direito de iniciá-la pertence à vítima ou seu representante legal, denomina-se *ação penal privada*. Possui duas formas:

- a) ação penal exclusivamente privada;
- b) ação penal privada subsidiária da pública.

A primeira espécie ocorre quando o CP determina que a ação penal é de titularidade exclusiva do ofendido ou de seu representante legal. Ex.: crime do art. 161, § 3.º, do CP. Na segunda, embora a ação penal continue de natureza pública, permite-se que o particular a inicie quando o titular não a propõe no prazo legal. Suponha-se um crime de furto em que o Promotor

Público não ofereça denúncia dentro do prazo legal (CPP, art. 46, *caput*). Permite-se que o ofendido ou seu representante legal dê início à ação penal (CP, art. 100, § 3.º).

A ação penal pública incondicionada é prevista no art. 100, *caput*, 1.ª parte, do CP (CPP, art. 24, 1.ª parte).

A ação penal pública condicionada à representação e à requisição do Ministro da Justiça está contida no art. 100, § 1.º, do CP (CPP, art. 24, *caput*, 2.ª parte).

A ação penal exclusivamente privada encontra-se no art. 100, *caput*, 2.ª parte, e § 2.º, do CP (CPP, art. 30).

Quadro sinótico:

AÇÃO PENAL	A) PÚBLICA	<ul style="list-style-type: none"> a) Incondicionada b) Condicionada 	<ul style="list-style-type: none"> a) à representação b) à requisição do Ministro da Justiça
	B) PRIVADA	<ul style="list-style-type: none"> a) Exclusivamente privada b) Subsidiária da pública 	

A ação penal privada subsidiária da pública encontra-se prevista no art. 100, § 3.º, do CP (CPP, art. 29; Const. Federal, art. 5.º, LIX).

Como se faz para saber se a ação é pública incondicionada, pública condicionada ou exclusivamente privada?

Quando o CP, na Parte Especial, após descrever o delito, silenciar a respeito da ação penal, será pública incondicionada. Ex.: no art. 155, que descreve o furto, não há qualquer referência à ação penal. Logo, é de natureza pública incondicionada. O seu titular pode exercê-la sem a necessidade de qualquer requisito.

Quando o CP, ou a lei extravagante, após definir o delito, referir-se à ação penal, então ela não será pública incondicionada, mas pública condicionada ou exclusivamente privada.

Quando o crime é de ação penal pública condicionada à representação, o Código faz referência expressa à necessidade dessa condição, empregando a seguinte expressão: “Somente se procede mediante representação”. É o que ocorre no crime de ameaça. Após descrever o delito (art. 147, *caput*), o parágrafo único reza: “Somente se procede mediante representação”.

Outros casos: arts. 130, § 2.º; 153, parágrafo único; 154; 156, § 1.º; 176, parágrafo único, 1.ª parte; 182, *caput* etc.

Quanto à ação penal pública condicionada à requisição ministerial, os dois únicos casos previstos no CP são os dos arts. 7.º, § 3.º, *b*, e 145, parágrafo único, quando se trata de crime contra a honra de chefe de governo estrangeiro. Quando o agente comete calúnia ou difamação contra o Presidente da República, trata-se de crime contra a Segurança Nacional, encontrando-se revogado o art. 141, I, 1.ª parte, pelo que não se aplica o disposto no art. 145, parágrafo único, 1.ª parte, do CP (Lei n. 7.170, de 14-12-1983, art. 26).

Quando o crime é de ação penal exclusivamente privada, o CP, ou lei especial, após descrever o delito, faz referência à titularidade exclusiva do ofendido ou de seu representante legal, empregando a expressão “somente se procede mediante queixa”, que é a peça inicial dessa espécie de ação. Ex.: no crime de fraude à execução, após a definição legal (art. 179, *caput*), o CP diz: “Somente se procede mediante queixa” (parágrafo único). Outros casos: arts. 145, *caput*; 161, § 3.º; 167; 236, parágrafo único; 240, § 2.º etc.

Esse critério é exposto pelo art. 100 do CP. Diz o *caput*: “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. Portanto, quando a lei silenciar a respeito da ação penal, ela será pública incondicionada. Será exclusivamente privada quando o Código mencionar que a titularidade é exclusiva do ofendido. O § 1.º diz que “a ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”. Assim, a ação penal será pública condicionada quando a lei penal mencionar a exigência de representação ou de requisição ministerial.

3. AÇÃO PENAL PÚBLICA

A ação penal pública, seja incondicionada, seja condicionada, é promovida pelo Ministério Público por meio de denúncia, que constitui sua peça inicial (CP, art. 100, § 1.º, e CPP, art. 24, *caput*; CF, art. 129, I).

A denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a qualificação legal do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas (CPP, art. 41).

Qual o prazo para oferecimento da denúncia?

O prazo para oferecimento da denúncia, estando preso o indiciado, é de cinco dias, contados da data em que o órgão do Ministério Público recebe os autos do inquérito policial, e de quinze dias, encontrando-se solto ou afiançado o indiciado (CPP, art. 46, *caput*).

Como vimos, o exercício da ação penal pública pode estar condicionado à representação ou requisição ministerial.

Que é representação?

É manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal no sentido de movimentar-se o *jus perseguendi in judicio*. Nos termos do art. 39 do CPP, “o direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente, ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público ou à autoridade policial” (*caput*). Como se vê, não exige fórmula especial, bastando a manifestação de vontade.

Qual a natureza jurídica da representação?

Constitui condição de procedibilidade da ação penal pública. Sem ela, o órgão do Ministério Público não pode iniciar a ação penal mediante o oferecimento de denúncia.

Quem pode fazer a representação?

Em princípio, o direito de representação pode ser exercido pelo ofendido ou seu representante legal (CPP, art. 24, *caput*).

E se o ofendido é menor de 18 anos?

O direito de representação pode ser exercido pelo seu representante legal (pai, mãe, tutor, curador etc.).

E se o ofendido não tem representante legal?

Nesse caso, a representação poderá ser feita por curador especial, nomeado pelo juiz (CPP, art. 33). A mesma solução ocorre quando o ofendido é enfermo mental ou colidem os seus interesses com os de seu representante legal (art. 33).

E se o ofendido morre ou é declarado ausente por decisão judicial?

Aplica-se o disposto no art. 24, § 1.º, do CPP: o direito de representação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

A representação pode ser feita pela mãe da vítima, tendo esta pai vivo (RT, 388:96, 397:78, 412:101, 426:320, 431:308, 438:491).

O direito de representação também pode ser exercido pelo tio da vítima, amásio da mãe da vítima, madrinha, cunhado, pai de criação ou por

quem possui a guarda da vítima (RT, 383:82, 411:95, 415:94, 378:85, 397:59, 373:57, 372:155, 392:391, 416:318, 396:366, 410:63, 395:95, 400:103, 415:94).

O ofendido ou seu representante legal, exercido o direito de representação, pode retratar-se, *i. e.*, retirá-la?

Nos termos do art. 102 do CP, “a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia”. Assim, se o ofendido exerce o direito de representação, pode retirá-la antes de iniciar-se a ação penal com o oferecimento da denúncia.

Qual o prazo para o exercício do direito de representação?

O direito de representação pode ser exercido dentro do prazo de seis meses, contados do dia em que o ofendido ou seu representante legal veio a saber quem é o autor do crime (CP, art. 103, e CPP, art. 38). Observe-se que o prazo não é contado a partir da data do crime, mas sim a partir do dia da descoberta de sua autoria. Suponha-se que um crime de violação de correspondência, na modalidade em que a ação penal é condicionada, seja cometido no dia 3 de janeiro de 2007, descobrindo-se a autoria no dia 5 de maio. O prazo para o exercício do direito de representação começa a correr a partir de 5 de maio.

O prazo de seis meses é contado nos termos do art. 10 do CP ou do art. 798, § 1.º, do CPP?

É contado de acordo com o art. 10 do CP, incluindo-se o dia do começo, conforme dissemos no estudo da primeira disposição. Suponha-se que a vítima tome conhecimento da autoria do crime no dia 4 de janeiro. O prazo termina no dia 3 de julho, às 24h.

O prazo de seis meses pode ser interrompido?

Não. Trata-se de prazo decadencial, não admitindo causas interruptivas ou suspensivas.

E se o ofendido distribui a representação dentro do prazo, mas ela só é apresentada ao Promotor Público após os seis meses?

A simples entrega da representação em cartório impede a consumação do prazo decadencial.

No concurso de crimes, o prazo decadencial deve ser contado em relação a cada crime, considerado isoladamente (CP, art. 119).

E se o último dia do prazo termina num domingo, prorroga-se até a segunda-feira?

Não, pois o prazo é improrrogável.

Qual a consequência do não exercício do direito de representação dentro do prazo legal?

Opera-se a decadência do direito de representação, extinguindo-se a punibilidade (CP, arts. 103 e 107, IV, 2.^a figura, e CPP, art. 38). Voltaremos ao assunto no estudo das causas extintivas da punibilidade.

A retratação impede que o ofendido exerça outra vez o direito de representação dentro do prazo de seis meses?

Suponha-se que o ofendido exerça o direito de representação, dentro do prazo legal, retratando-se. Isso impede que, ainda dentro do prazo de seis meses, volte à manifestação de vontade no sentido de que o agente seja processado?

Não. A retratação não impede o exercício do direito de representação, desde que a “retratação da retratação” ocorra dentro do prazo legal.

4. AÇÃO PENAL PRIVADA

A ação penal privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de seu representante legal (CP, art. 100, § 2.º, e CPP, art. 30). Nela, o ofendido ou seu representante legal se denomina querelante; o réu, querelado.

E se o ofendido é menor de 18 anos?

O direito de queixa pode ser exercido pelo seu representante legal (pai, mãe, tutor ou curador).

E se o ofendido é menor de 18 anos e não tem representante legal?

O juiz nomear-lhe-á um curador especial para o fim de oferecer queixa (CPP, art. 33), não estando o curador obrigado a iniciar a ação penal. A mesma solução ocorre quando o ofendido é enfermo mental ou colidem os seus interesses com os de seu representante legal (art. 33).

E se o ofendido morre ou é declarado ausente por decisão judicial?

O direito de oferecer queixa passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CP, art. 100, § 4.º, e CPP, art. 24, § 1.º), ressalvados os casos dos arts. 236, parágrafo único, e 240, § 2.º, do CP.

A mulher casada pode exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, observando-se que o art. 35 do CPP, que em regra a proibia, foi revogado tacitamente pela Const. Federal de 1988 (arts. 3.º, IV, 5.º, I, e 226, § 5.º), e, de forma expressa, pela Lei n. 9.520, de 27-11-1997.

Como se inicia a ação penal privada?

A peça inicial da ação penal privada é a queixa, que não se confunde com a *notitia criminis* ou com o requerimento de instauração de inquérito policial. Comumente, fala-se em “apresentar queixa ao delegado”. Isso não

é queixa, mas simples notícia da prática de uma infração penal levada ao conhecimento da autoridade policial, que pode ser realizada por qualquer pessoa. A queixa também não se confunde com o requerimento de instauração de inquérito policial por crime de ação penal privada (CPP, art. 5.º, § 5.º). Deve a queixa ser apresentada em juízo, não a suprimindo o requerimento apresentado à autoridade policial. Uma coisa é o requerimento do ofendido ou de seu representante legal no sentido de ser instaurado o inquérito policial, outra é a queixa, oferecida em juízo, através da qual tem início a ação penal.

A queixa equivale à denúncia. Esta é oferecida pelo Promotor de Justiça na ação penal pública; aquela, pelo ofendido ou seu representante legal, na ação penal privada.

Que deve conter a queixa?

A queixa deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do querelado (réu) ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a qualificação legal do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas (CPP, art. 41).

Qual o prazo para oferecimento da queixa?

O prazo é de seis meses, contados a partir da data do conhecimento da autoria do crime pelo ofendido ou seu representante legal (CP, art. 103, e CPP, art. 38), aplicando-se o que dissemos a respeito do prazo para o exercício do direito de representação.

Que significa a expressão “salvo disposição em contrário” dos arts. 103 do CP e 38 do CPP?

Significa que há casos em que o prazo não é de seis meses, como no art. 240, § 2.º, do CP (um mês), ou, sendo igual, inicia-se de forma diferente, como no art. 236, parágrafo único.

Qual a consequência do não exercício do direito de queixa dentro do prazo legal?

Ocorre a extinção da punibilidade pela decadência do direito de queixa (CP, arts. 103 e 107, IV, 2.ª figura, e CPP, art. 38). Voltaremos ao assunto quando do estudo da extinção da punibilidade.

A ação penal privada subsidiária da pública é prevista no art. 100, § 3.º, do CP: “A ação da iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal”. Vimos que, tratando-se de indiciado solto, o órgão do Ministério Público tem o prazo de quinze dias para o oferecimento da denúncia; preso, cinco dias. Ultrapassado o prazo sem o oferecimento da denúncia, o ofendido ou seu

representante legal tem o lapso de seis meses para intentar a ação penal subsidiária por meio de queixa substitutiva, contados a partir do dia em que se esgotou o prazo para o Promotor de Justiça iniciar a ação penal pública (CP, art. 103, *in fine*, e CPP, art. 38, *in fine*). Ex.:

a) Praticado um crime de furto e solto o indiciado, o Promotor de Justiça, a partir da data do termo de *vista*, permanece com os autos do inquérito policial por mais de quinze dias, sem requerer qualquer medida. Cabe a queixa substitutiva da denúncia, iniciando-se a ação penal.

b) Praticado um crime de homicídio e preso o indiciado, o órgão do Ministério Público, a partir da data do termo de *vista*, permanece com os autos do inquérito policial por mais de cinco dias, sem requerer nenhuma medida e sem iniciar a ação penal por meio de denúncia. O cônjuge, ascendente, descendente ou irmão da vítima pode ingressar em juízo com a ação penal privada subsidiária da pública.

c) Cometido um crime de ameaça e terminado o inquérito policial iniciado por representação do ofendido, estando solto o indiciado, o Promotor de Justiça, por inércia, não oferece denúncia dentro do prazo de quinze dias, não requerendo qualquer medida. O ofendido pode intentar a ação penal subsidiária.

A ação penal privada subsidiária da pública só cabe quando o órgão do Ministério Público ultrapassa inerte o prazo para o oferecimento da denúncia. Não tem cabimento nos casos de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e quando o Promotor Público requer, tratando-se de indiciado solto, a devolução dos autos à autoridade policial no sentido de realização de diligência imprescindível para o oferecimento da denúncia.

5. AÇÃO PENAL NO CRIME COMPLEXO

Nos termos do que dispõe o art. 101 do CP, “quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Quando estudamos a qualificação doutrinária e legal das infrações penais vimos que o crime complexo possui duas formas:

a) Os vários tipos apresentam-se como elementares de uma nova figura delituosa. Ex.: roubo impróprio (CP, art. 157, § 1.º). Neste delito, apresentam-se o furto, a violência física (lesão corporal de natureza leve ou vias de fato) e a ameaça (art. 147).

b) Os vários tipos apresentam-se, uns como elementares, outros como circunstâncias qualificadoras. Ex.: crime de latrocínio (art. 157, § 3.º, *in*

fine), em que o roubo se apresenta como elementar e o homicídio como qualificadora.

Procurando resolver a questão da espécie da ação penal no crime complexo, diz o Código que, se qualquer de seus crimes componentes, que funcionam como elementares ou circunstâncias qualificadoras, for de ação penal pública, ele também será de ação penal pública. Em outros termos: no crime complexo, desde que seja de ação penal pública qualquer dos fatos que o agravam ou constituem, que por si mesmos são crimes, a natureza pública transmite-se à ação penal do todo, que é o crime complexo. Essa disposição é de flagrante inutilidade, pois qualquer problema que apareça em relação à espécie de ação penal no delito complexo já está resolvido pela regra do art. 100, *caput*. Como dizia José Frederico Marques, “o intuito do legislador foi de prevenir qualquer interpretação em outro sentido, pois o preceito do artigo... era de todo prescindível em face do que diz o art. 100, *caput*, ao preceituar que a ‘ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido’”². Em face de um crime complexo, para saber se é de ação penal pública ou privada, basta verificar se a norma tratou da ação penal. Se não tratou, o crime é de ação penal pública.

Acompanhe este exemplo: o crime de denúncia caluniosa (art. 339) é composto da calúnia (art. 138) e da denúncia propriamente dita (crime complexo em sentido amplo). O crime de calúnia é de ação penal privada (art. 145, *caput*), sendo que a denúncia, por si mesma, não constitui delito (na ausência das elementares do crime do art. 341). Ora, se nos termos do art. 101, a ação penal pública, cabível no crime elemento do delito complexo, faz com que o próprio crime complexo seja de ação penal pública, e se no crime de denúncia caluniosa não há nenhum crime (elementar ou qualificadora) de ação penal pública, então, *a contrario sensu*, o delito do art. 339 seria de ação penal privada. Ocorre que, nos termos do art. 100, *caput*, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara de natureza privada. E o art. 339 não trata da espécie da ação penal. Logo, é de ação penal pública incondicionada. Nos dois casos, além de não resolvê-los, a disposição do art. 101 causa embaraço na interpretação.

6. AÇÃO PENAL NO CONCURSO DE CRIMES

Quando há concurso formal entre um crime de ação penal pública e outro de ação penal privada, o órgão do Ministério Público não pode ofere-

2. Ob. cit., p. 396 e 397.

cer denúncia em relação aos dois. Suponha-se que o sujeito cometa crimes de injúria e ato obsceno, em concurso formal (CP, arts. 140 e 233, respectivamente). A injúria é, em geral, crime de ação penal privada, podendo ser também crime de ação pública condicionada; o ato obsceno, de ação penal pública. Neste caso, como ensinava José Frederico Marques, “o Ministério Público não fica autorizado a dar denúncia em relação a ambos os delitos. É imprescindível que se forme um litisconsórcio entre o Promotor e o titular do *jus querelandi*, para que ambos os delitos sejam objeto de acusação e possam ser apreciados conjuntamente na sentença”, aplicando-se o disposto no art. 77, II, do CPP. Cada ação penal é promovida por seu titular, nos termos do art. 100, *caput*, do CP³.

O mesmo ocorre no concurso material e nos delitos conexos.

7. IMUNIDADE PARLAMENTAR FORMAL OU PROCESSUAL

Como vimos no capítulo da aplicação da lei penal, a imunidade parlamentar pode ser:

- 1.^a) material e
- 2.^a) formal ou processual.

A imunidade parlamentar material será estudada no capítulo da punibilidade.

A imunidade parlamentar formal, também denominada imunidade parlamentar relativa, constitui prerrogativas processuais.

Na primeira hipótese, os senadores e deputados federais estão isentos de pena em relação aos chamados delitos de opinião.

No segundo caso, não há exclusão funcional de pena. O fato constitui delito e é punível seu autor. Entretanto, os parlamentares, por medida de utilidade pública, têm duas prerrogativas:

1.^a) Quanto aos delitos aos quais não se aplica a causa funcional de exclusão de pena, não podem ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte (CF, art. 53, § 1.^o). Nesse caso, lavrado o auto de prisão em flagrante, deverá ser remetido, dentro de vinte e quatro horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão (§ 3.^o).

3. Ob. cit., p. 398 e 399; Magalhães Noronha, *Direito penal*, Saraiva, 1980, v. 1, p. 388, n. 228.

2.^a) Quanto aos referidos crimes, iniciada a ação penal mediante denúncia ou queixa, a ação penal só pode prosseguir em face de licença da Câmara ou do Senado (§ 1.º, parte final). A licença constitui condição de prosseguibilidade e não de procedibilidade. Significa que o inquérito policial pode ser instaurado e a ação penal proposta. Iniciado o processo mediante denúncia ou queixa perante o STF, deve ser remetido à respectiva Casa do Congresso para efeito de concessão ou não da licença. Terminado o exercício do mandato, o parlamentar pode ser processado criminalmente sem manifestação de sua anterior Casa, salvo a ocorrência de eventual causa extintiva da punibilidade. De ver, entretanto, que, negado o pedido de licença ou não havendo deliberação sobre ele, fica suspenso o prazo prescricional enquanto durar o mandato (§ 2.º).

Os deputados estaduais gozam da imunidade processual, nos termos do art. 27, § 1.º, da Const. Federal, independentemente do disposto nas respectivas Constituições.

Os vereadores não possuem imunidade formal ou processual.

VII — DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Capítulo LXIV

CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE

1. CONCEITO DE PUNIBILIDADE

Quando o sujeito pratica um crime surge a relação jurídico-punitiva: de um lado, aparece o Estado com o *jus puniendi*; de outro, o réu, com a obrigação de não obstaculizar o direito de o Estado impor a sanção penal. Com a prática do crime, o direito de punir do Estado, que era abstrato, torna-se concreto, surgindo a punibilidade, que é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção¹.

A punibilidade não é requisito do crime, mas sua consequência jurídica. Os requisitos do crime, sob o aspecto formal, são o fato típico e a antijuridicidade. Assim, a prática de um fato típico e ilícito, sendo culpável o sujeito, faz surgir a punibilidade.

2. CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE

Vimos que, em regra, a prática de um crime faz surgir a punibilidade. Ocorre que, às vezes, a punibilidade ou pretensão punitiva pode estar sujeita a determinadas circunstâncias, denominadas condições objetivas de punibilidade. Situam-se entre o preceito primário e o preceito secundário da norma penal incriminadora, condicionando a existência da pretensão punitiva do Estado. Possuem duas características:

- a) situam-se fora do crime;

1. Antolisei, *Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal e Ángel Torio, Buenos Aires, UTEHA, 1960, p. 531.

b) estão fora do dolo do agente.

Ex.: art. 7.º, § 2.º, b e c, do CP. Na extraterritorialidade condicionada da lei penal brasileira, as circunstâncias de “ser o fato punível também no país em que foi praticado” e “estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição” constituem condições objetivas de punibilidade. Elas se encontram fora do crime praticado pelo agente e a sua ocorrência não depende do dolo. É certo que a segunda característica se encontra implícita na primeira: se a condição objetiva de punibilidade se acha fora do crime, é evidente que não depende do dolo do agente, pois este faz parte do tipo. A separação, porém, tem em vista tornar mais clara a compreensão. Se a punibilidade não é requisito do crime, a circunstância que a condiciona não pode encontrar-se no crime, mas fora dele. Assim, a circunstância de o fato “ser punível também no país em que foi praticado” não se acha no delito cometido pelo agente, mas fora dele. Além disso, essa circunstância não depende da vontade do sujeito. No que tange à extradição, a circunstância não faz parte do fato cometido pelo sujeito e não depende de sua vontade.

3. CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE

É possível que, não obstante pratique o sujeito uma infração penal, ocorra uma causa extintiva da punibilidade, impeditiva do *jus puniendi* do Estado. Ocupa-se da questão o art. 107 do CP:

“Extingue-se a punibilidade:

I — pela morte do agente;

II — pela anistia, graça ou indulto;

III — pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV — pela prescrição, decadência ou preempção;

V — pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI — pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII — pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Caps. I, II e III do Tít. VI da Parte Especial deste Código;

VIII — pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;

IX — pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei”.

De ver que os incisos VII e VIII do art. 107 do CP foram revogados pela Lei n. 11.106, de 28-3-2005.

O art. 107 não é taxativo, mas exemplificativo. Assim, o CP prevê causas extintivas da punibilidade fora do rol dessa disposição. Exs.:

a) art. 82: o término do período de prova do *sursis*, sem motivo para revogação da medida, faz com que o juiz declare a extinção da pretensão executória em relação à pena suspensa, forma de extinção da punibilidade;

b) art. 90: o término do período de prova do livramento condicional, sem motivo para revogação, opera a extinção da pretensão executória relacionada com a pena restante;

c) art. 7.º, § 2.º, d: se o agente cumpriu pena no estrangeiro pelo crime lá cometido, opera-se a extinção da punibilidade em relação à pretensão punitiva do Estado brasileiro;

d) art. 312, § 3.º, 1.ª parte: a reparação do dano no peculato culposo, antes da sentença final irrecorrível, extingue a punibilidade.

4. ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS

Escusas absolutórias são causas que fazem com que a um fato típico e antijurídico, não obstante a culpabilidade do sujeito, não se associe pena alguma por razões de utilidade pública². São também chamadas “causas de exclusão” ou “de isenção de pena”.

Situam-se na Parte Especial do CP.

Distinguem-se das causas excludentes da antijuridicidade e da culpabilidade. As excludentes da ilicitude excluem o crime; as excludentes da culpabilidade excluem a censurabilidade da conduta do sujeito, isentando-o de pena. As escusas absolutórias, entretanto, deixam íntegros o crime e a culpabilidade. O fato permanece típico e antijurídico; o sujeito, culpável. Contudo, por razões de utilidade pública, fica isento de pena. Como ensinava Jiménez de Asúa, nas excludentes da ilicitude não há crime; nas causas de inculpabilidade não há delinquente; nas escusas absolutórias não há pena³. Suponha-se que um sujeito pratique uma lesão corporal em legítima defesa.

2. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1976, v. 7, p. 138.

3. Ob. cit., p. 138 e 139.

Não há crime: o fato é lícito diante da excludente da antijuridicidade. Num segundo caso, o sujeito pratica um crime sob coação moral irresistível. O fato é ilícito, a conduta, entretanto, não é censurável em face da excludente da culpabilidade, ficando o agente isento de pena. Suponha-se, num terceiro exemplo, que o filho subtraia dinheiro do pai. Fica também isento de pena, incidindo uma escusa absolutória (CP, art. 181, II). Entretanto, o fato é ilícito e censurável a conduta do sujeito. Por medida de utilidade, contudo, fica o sujeito isento de pena.

Os efeitos que as escusas absolutórias acarretam, ensina José Frederico Marques, “são idênticos aos da extinção da punibilidade”⁴. Assim, elas somente extinguem o poder-dever de punir do Estado, subsistindo o caráter ilícito do fato. A isenção de pena é obrigatória, não ficando ao arbítrio judicial a concessão do benefício.

Nosso CP só prevê escusas absolutórias nos arts. 181, I e II (imunidade penal absoluta nos delitos contra o patrimônio), e 348, § 2.º (isenção de pena no favorecimento pessoal). Cremos que os casos de perdão judicial não constituem escusas absolutórias, uma vez que na escusa a sentença concessiva é meramente declaratória; no perdão judicial, constitutiva.

O erro sobre o conteúdo da escusa absolutória constitui erro de proibição (escusa absolutória putativa). Para o finalismo, ele exclui a culpabilidade se inevitável; se evitável, não há exclusão da culpabilidade, respondendo o sujeito por crime doloso com a pena atenuada. Assim, no caso do art. 181, II, do CP, há isenção de pena quando o sujeito supõe, por erro escusável de proibição, que o objeto material pertence a parente (CP, art. 21). Da mesma forma, subsiste a impunidade quando o sujeito supõe que a coisa pertence a estranho.

5. MOMENTO DE OCORRÊNCIA DAS CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE

Em regra, as causas extintivas da punibilidade podem ocorrer antes da sentença final ou depois da sentença condenatória irrecorrível.

Essa questão tem relevância na reincidência e em outros efeitos da sentença condenatória irrecorrível. Assim, se a causa extintiva da punibilidade ocorrer antes da sentença final, vindo o sujeito a praticar outro crime, não será considerado reincidente. Se, porém, a causa extintiva da punibilidade ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em

4. *Tratado de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1961, v. 4, p. 39.

regra o sujeito, vindo a cometer novo delito, será considerado reincidente. Há duas exceções. A primeira é a *abolitio criminis*, que pode ocorrer antes da sentença final ou depois da sentença condenatória irrecorrível. Neste último caso, a lei nova supressiva de incriminação rescinde a condenação irrecorrível. A segunda exceção encontra-se na anistia, que pode ocorrer antes da sentença final ou depois da condenação irrecorrível. Nesta última hipótese, a anistia rescinde também a condenação irrecorrível. Assim, quando o sujeito, tendo sido favorecido pela *abolitio criminis* ou pela anistia após o trânsito em julgado da condenação, vem a cometer novo delito, não é considerado reincidente.

Vejamos a oportunidade de ocorrência das causas de extinção da punibilidade previstas no art. 107 do CP:

a) morte do agente: pode ocorrer em qualquer momento: antes do inquérito policial, durante a ação penal ou durante a execução da sanção penal;

b) anistia: antes da sentença final ou depois da sentença condenatória irrecorrível;

c) graça: depois do trânsito em julgado da condenação penal;

d) indulto: depois do trânsito em julgado da condenação penal;

e) *abolitio criminis*: antes da sentença final ou depois da sentença condenatória irrecorrível;

f) prescrição: antes da sentença final ou depois de transitar em julgado a sentença condenatória;

g) decadência: antes do início da ação penal privada ou da ação penal pública dependente de representação;

h) perempção: durante a ação penal privada;

i) renúncia do direito de queixa: antes do início da ação penal privada;

j) perdão aceito: após o início da ação privada até o trânsito em julgado da sentença condenatória;

l) retratação: até a sentença final;

m) *subsequens matrimonium* do agente com a ofendida em determinados crimes contra os costumes: antes da sentença final ou depois da sentença condenatória irrecorrível (inc. VII); casamento da ofendida com terceiro: antes de transitar em julgado a sentença condenatória (inc. VIII);

Muito embora os incisos VII e VIII encontrem-se revogados pela Lei n. 11.106/2005, mantivemos a referência em virtude da possibilidade de sua aplicação ultrativa (v. Cap. LXXI, abaixo).

n) perdão judicial: é concedido na sentença condenatória.

Voltaremos a analisar cada caso no estudo das causas que extinguem a punibilidade.

6. EFEITOS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Em regra, as causas extintivas da punibilidade só alcançam o direito de punir do Estado, subsistindo o crime em todos os seus requisitos e a sentença condenatória irrecorrível. É o que ocorre, p. ex., com a prescrição da pretensão executória (prescrição após o trânsito em julgado da sentença condenatória), em que subsiste a condenação irrecorrível. Excepcionalmente, a causa resolutiva do direito de punir apaga o fato praticado pelo agente e rescinde a sentença condenatória irrecorrível. É o que acontece com a *abolitio criminis* e a anistia.

Assim, os efeitos das causas extintivas da punibilidade operam *ex tunc* ou *ex nunc*. No primeiro caso, as causas extintivas têm efeito retroativo; no segundo, efeito para o futuro, *i. e.*, produzem efeito a partir do momento de sua ocorrência. Possuem efeito *ex tunc* a anistia e a lei nova supressiva de incriminação; as outras causas têm efeito *ex nunc*, não retroagindo para excluir consequências já ocorridas.

Em caso de concurso de agentes, as causas extintivas da punibilidade são comunicáveis ou incomunicáveis?

Estendem-se a todos os participantes: a *abolitio criminis*, a decadência, a perempção, a renúncia do direito de queixa, o perdão em relação aos acusados que o aceitaram, a retratação no caso do art. 342, § 3.º (para os que admitem o concurso de agentes no falso testemunho), e o *subsequens matrimonium* (que, como veremos adiante — Cap. LXXI —, pode ser aplicado ultrativamente). São incomunicáveis: a morte do agente, o perdão judicial, a graça, o indulto e a retratação, no caso do art. 143 do CP. A anistia, em regra, é extensiva a todos os autores do fato, salvo quando expressamente exclui alguns. A prescrição, em regra, estende-se a todos os autores do fato, salvo quando algum apresente circunstância pessoal. Assim, é possível que um dos autores tenha menos de 21 anos (e mais de 18) de idade ao tempo da prática do crime, em face do que o lapso prescricional é reduzido de metade (CP, art. 115). A prescrição, portanto, em relação a ele não alcança os outros participantes.

7. ANÁLISE DO ART. 108 DO CP

Nos termos do art. 108 do CP, “a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não

se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão”.

O dispositivo apresenta quatro regras:

a) A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto de outro não se estende a este:

A proposição trata dos crimes acessórios, que dependem de outros delitos. Ex.: furto e receptação (arts. 155 e 180). A extinção da punibilidade em relação ao furto não se estende à receptação.

b) A extinção da punibilidade de crime que é elemento de outro não se estende a este:

A regra cuida do crime complexo, no caso em que um delito funciona como elementar de outro. Ex.: extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), que tem como elementares o sequestro (art. 148) e a extorsão (art. 158). A extinção da punibilidade em relação ao sequestro não se estende à extorsão mediante sequestro.

c) A extinção da punibilidade de crime que é circunstância qualificadora de outro não se estende a este:

A proposição trata do crime complexo, na hipótese em que um crime funciona como circunstância legal específica (qualificadora) de outro. Ex.: furto qualificado pela destruição de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4.º, I, 1.ª figura), em que o dano (art. 163) funciona como circunstância qualificadora. A extinção da punibilidade em relação ao crime de dano não se estende ao furto qualificado.

d) Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão:

Ex.: suponha-se que o agente, para assegurar a execução de um crime de estupro, mate a pessoa que tem a guarda da vítima. Responde por dois crimes: homicídio qualificado pela conexão teleológica (art. 121, § 2.º, V, 1.ª figura) e estupro. Passados alguns anos sem que o fato seja descoberto, verifica-se a prescrição quanto ao crime de estupro (CP, art. 107, IV). A extinção da punibilidade em relação ao estupro não exclui a qualificadora do homicídio. Aplica-se a regra: nos crimes conexos (homicídio e estupro), a extinção da punibilidade de um deles (estupro) não impede, quanto ao outro (homicídio), a agravação da pena (qualificadora) resultante da conexão (teleológica).

8. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL

A imunidade parlamentar, como vimos na aplicação da lei penal, pode ser:

1.^a) material;

2.^a) formal ou processual, estudada no capítulo da ação penal.

A Const. Federal, em seu art. 53, *caput*, determina que “os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos”.

Prevê a imunidade parlamentar material ou penal.

A prerrogativa constitui causa funcional de exclusão ou isenção de pena⁵. Indica que os senadores e deputados federais, desde que no exercício da função, são invioláveis no tocante aos denominados delitos de opinião ou de palavra, como os delitos de incitamento a crime, vilipêndio oral a culto religioso, apologia de crime ou criminoso, calúnia, difamação e injúria.

Como ensinava Soler, essas opiniões devem ser emitidas no desempenho do mandato de legislador, *i. e.*, alcançam as manifestações escritas, as expostas em comissões, comissões especiais de investigações, como os discursos feitos nas sessões. Ao contrário, não compreendem, naturalmente, as manifestações privadas, nem os discursos políticos ou de qualquer outro caráter feitos fora da atividade oficial de legislador⁶.

Assim, não responde por crime o deputado federal que, para dar notícia a seus pares de um fato atentatório ao interesse nacional, pratica fato que, em tese, pode ser considerado crime contra a honra, estando impedidos de instauração o inquérito policial e a ação penal.

Essa prerrogativa, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “se destina a assegurar ampla liberdade no exercício do mandato. Permite a crítica e a denúncia de eventuais irregularidades, sem a cautela necessária ao cidadão em geral”⁷.

Não se trata de causa de exclusão da antijuridicidade. Dessa forma, admite-se legítima defesa contra a conduta do parlamentar, que é típica e ilícita. Havendo concurso de agentes, o terceiro não qualificado responde pelo crime. Ex.: o parlamentar é induzido a praticar o delito por um particular. Este responde pelo crime (STF, Súmula 245).

Os deputados estaduais também gozam da imunidade penal, nos termos do art. 27, § 1.º, da Const. Federal, independentemente de previsão da respectiva Carta Estadual.

5. Bettiol, *Direito penal*, trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, v. 1, p. 188.

6. *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1978, v. 1, p. 204.

7. *Comentários à Constituição brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1977, v. 1, p. 190.

Quanto aos vereadores, além de lhes ser aplicado o disposto no art. 142, III, do CP, a Const. Federal de 1988 estendeu-lhes a imunidade parlamentar material: não respondem criminalmente por “suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município” (art. 29, VI).

9. “ABOLITIO CRIMINIS”

O art. 107, III, do CP, prevê a *abolitio criminis* como causa extintiva da punibilidade.

A matéria já foi estudada quando da análise do art. 2.º, *caput*, do CP (eficácia da lei penal no tempo), à qual remetemos o leitor.

Capítulo LXV

PERDÃO JUDICIAL

1. CONCEITO E ELENCO

Perdão judicial é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias. Exs.: CP, arts. 121, § 5.º; 129, § 8.º; 140, § 1.º, I e II; 176, parágrafo único; 180, § 5.º, 1.ª parte; 240, § 4.º, I e II; 242, parágrafo único; 249, § 2.º; e LCP, arts 8.º e 39, § 2.º. Na legislação especial, é previsto no Código Eleitoral (art. 326, § 1.º) e na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807, de 1999), entre outras.

2. NATUREZA JURÍDICA

O perdão judicial constitui causa extintiva da punibilidade de aplicação restrita (CP, art. 107, IX). Significa que não é aplicável a todas as infrações penais, mas somente àquelas especialmente indicadas pelo legislador.

Trata-se de um direito penal público subjetivo de liberdade. Não é um favor concedido pelo juiz. É um direito do réu. Se presentes as circunstâncias exigidas pelo tipo, o juiz não pode, segundo seu puro arbítrio, deixar de aplicá-lo. A expressão “pode” empregada pelo CP nos dispositivos que disciplinam o perdão judicial, de acordo com a moderna doutrina penal, perdeu a natureza de simples faculdade judicial, no sentido de o juiz poder, sem fundamentação, aplicar ou não o privilégio. Satisfeitos os pressupostos exigidos pela norma, está o juiz obrigado a deixar de aplicar a pena.

3. DISTINÇÕES

O instituto se distingue do perdão do ofendido, também causa extintiva da punibilidade (CP, arts. 105, 106 e 107, V, parte final). Este é concedido

pelo sujeito passivo do crime de ação penal privada, dependendo de aceitação. O perdão judicial é concedido pelo juiz e não depende de aceitação.

Diferencia-se também das escusas absolutórias. Nestas, a não imposição da pena também decorre de imposição legal, porém ao juiz, ao aplicá-las, basta a função de conhecimento, sendo a decisão, nesse aspecto, meramente declaratória. Ex.: no art. 181, II, do CP, como escusa absolutória, se enquadra a hipótese de o filho subtrair bens do pai. Para o juiz aplicar a disposição é suficiente a juntada nos autos da certidão de nascimento do réu, sendo desnecessária qualquer tarefa valorativa. No perdão judicial, ao contrário, não é suficiente a mera função cognitiva do juiz. É necessário que investigue e constate as circunstâncias exigidas, realizando uma apreciação valorativa do caso concreto e proferindo uma decisão constitutiva.

Não há impedimento legal a que seja aplicado mais de uma vez. No caso concreto, entretanto, o juiz pode considerar “necessária” a imposição da pena.

4. EXTENSÃO

O perdão judicial é de aplicação extensiva, não se restringindo ao delito de que se trata. Ex.: o sujeito pratica, em concurso formal, dois crimes culposos no trânsito, dando causa, num choque de veículos, à morte do próprio filho e lesões corporais num estranho. O benefício, concedido em face do homicídio culposo, estende-se ao de lesão corporal culposa. Já entendemos de forma diversa. Hoje, contudo, pensamos que, se o fundamento do privilégio está na desnecessidade da resposta penal em face da pena natural, não tem sentido manter-se a aplicação da sanção em relação à morte do estranho.

5. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA CONCESSIVA

A sentença que concede o perdão judicial é condenatória ou absolutória? Suponha-se que o agente tenha cometido o crime do art. 176 do CP. Se o juiz chega à conclusão de que se trata de caso de aplicação do disposto em seu parágrafo único, deve condenar o réu e depois deixar de aplicar a pena, ou não o condena, desde logo deixando de aplicar a pena? A solução tem consequência em face da reincidência: se o juiz condena o agente e depois deixa de aplicar a sanção, vindo a cometer novo delito, será considerado reincidente; ao contrário, se não proferir a condenação, desde logo deixando de aplicar a pena, vindo o sujeito a cometer novo crime, não será considerado reincidente. Além disso, há as questões das custas, do lançamento do nome do réu no rol dos culpados e da reparação do dano.

É condenatória a sentença que concede o perdão judicial, que apenas extingue os seus efeitos principais (aplicação das penas privativas da liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias), subsistindo os efeitos reflexos ou secundários, entre os quais se incluem a responsabilidade pelas custas e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Exclui-se o efeito da reincidência, nos termos do art. 120 do CP, subsistindo a condenação para efeito de antecedentes (CP, art. 59). Falando a disposição que “a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”, deixa claro a lei a pretensão de lhe conceder a natureza condenatória, uma vez que a recidiva pressupõe condenação anterior. Além disso, excluindo somente o efeito de a sentença condenatória gerar a reincidência, permite o entendimento de que subsistem as outras consequências reflexas.

O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade (CP, art. 107, IX). O Estado renuncia, por intermédio da declaração do juiz, na própria sentença, à pretensão de imposição das penas. Trata-se de sentença constitutiva. Possui dois momentos: 1.º) o juiz condena o réu; 2.º) concede-lhe o perdão judicial.

Se a sentença fosse meramente declaratória, não poderia ser executada, no juízo civil, para efeito de reparação do dano. Suponha-se que o sujeito, agindo culposamente, venha a matar o próprio pai e um estranho. Condenatória a sentença concessiva do perdão judicial, os herdeiros do terceiro poderiam valer-se do art. 63 do CPP, executando-a (CPC, art. 584, II). Se, entretanto, entendermos que não é condenatória, eles seriam obrigados a propor a ação civil de reparação do dano (CPP, art. 64). Ora, se já existe no juízo criminal a demonstração cabal da responsabilidade civil, por que exigir a renovação de toda a instrução no cível?

O tema é controvertido. Para o Superior Tribunal de Justiça, a sentença que aplica o perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo nenhum efeito condenatório (Súmula 18).

Capítulo LXVI

DA MORTE DO AGENTE

1. INTRODUÇÃO

A primeira causa extintiva da punibilidade é a morte do agente (art. 107, I).

A expressão “agente” é empregada em sentido amplo, abrangendo a figura do sujeito ativo do delito em qualquer momento (indiciado, réu, sentenciado, detento ou beneficiário).

Sendo personalíssima a responsabilidade penal, a morte do agente faz com que o Estado perca o *jus puniendi*, não se transmitindo a seus herdeiros qualquer obrigação de natureza penal: *mors omnia solvit*.

Ocorrendo a morte após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o interessado pode ingressar no juízo cível com a execução para efeito de reparação do dano contra os herdeiros ou sucessores universais do condenado falecido (CPP, art. 63). Ocorrendo a morte do agente antes do trânsito em julgado da sentença final, o ofendido pode intentar a *actio civilis ex delicto* (CPP, art. 64).

E se o agente é condenado a multa e morre antes de efetuar o pagamento, a obrigação se transmite aos herdeiros?

Não, sob pena de infringir preceito constitucional, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente (Const. Federal, art. 5.º, XLV).

2. PROVA

A morte do agente deve ser provada por meio de certidão de óbito (CPP, art. 62), não tendo validade a presunção legal do art. 6.º do CC.

E se, decretada a extinção da punibilidade pela morte do agente, ficar provada a falsidade da certidão de óbito?

Se a sentença que decretou a extinção da punibilidade ainda não transitou em julgado, deve o órgão acusador interpor recurso em sentido estrito, em face do que a ação penal terá prosseguimento, sem prejuízo da responsabilidade penal do autor ou autores da falsidade.

Se a sentença que decretou a extinção da punibilidade já transitou em julgado, o processo não pode ter andamento e contra o suposto morto não pode ser intentada ação penal pelo mesmo objeto, restando a ação penal contra o autor ou autores da falsidade. Não se admite revisão contra o réu. Nessa matéria, o CP brasileiro não seguiu a orientação da legislação italiana, seu modelo predileto, que no CPP reza o seguinte: se for pronunciada em qualquer fase do procedimento uma sentença de extinção, tornada incorrível, por morte do acusado, provando-se que tal morte foi erroneamente declarada, considerar-se-á a sentença como não proferida e ela não impedirá a ação penal pelo mesmo fato e contra a mesma pessoa, se não sobreveio uma causa extintiva do crime ou pela qual não mais se pode proceder (art. 89).

Capítulo LXVII

DA ANISTIA, GRAÇA E INDULTO

1. INTRODUÇÃO

Indulgência ou clemência soberana é a renúncia do Estado ao direito de punir, fundamentando-se na equidade, no sentido de temperar os rigores da Justiça.

O art. 107, II, do CP determina que a anistia, a graça e o indulto extinguem a punibilidade. Assim, o Estado renuncia ao *jus puniendi* por meio desses três institutos.

O termo “graça” pode ser entendido em dois sentidos. Em sentido amplo, abrange os três casos de indulgência soberana; em sentido estrito, indica a terceira forma da clemência estatal.

A execução da indulgência soberana está disciplinada na Lei de Execução Penal (arts. 187 e s.).

2. ANISTIA

Anistia é o esquecimento jurídico de uma ou mais infrações penais (Aurelino Leal). Deve ser concedida em casos excepcionais, para apaziguar os ânimos, acalmar as paixões sociais etc.

Aplica-se, em regra, a crimes políticos (anistia especial), nada obstante que incida sobre delitos comuns (anistia comum). Não é aplicável, porém, aos delitos referentes a “prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos” (Const. Federal, art. 5.º, XLIII; Lei n. 8.072, de 25-7-1990, art. 2.º, I; Lei n. 11.343, de 23-8-2006, art. 44, *caput*).

Quem pode conceder a anistia?

A anistia é de atribuição do Congresso Nacional (Const. Federal, art. 48, VIII).

A anistia é lei penal?

A anistia é lei penal de efeito retroativo, constituindo verdadeira revogação parcial da lei anterior. Tratando-se de lei, é interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário, como uma lei comum, podendo o interessado recorrer a ele quando é mal executada pelo Poder Executivo.

Após ser concedida, a anistia pode ser revogada?

Não, em face do que dispõe o art. 5.º, XXXVI e XL, da Const. Federal.

A anistia se refere a fatos ou a pessoas?

A anistia tem o caráter da generalidade, abrangendo fatos e não pessoas. Em face disso, atinge uma generalidade de pessoas, salvo exceções quanto a condições especiais exigidas pela lei, como, p. ex., quando exige a condição de primariedade dos agentes.

Quais os efeitos da anistia?

A anistia opera *ex tunc*, i. e., para o passado, apagando o crime, extinguindo a punibilidade e demais consequências de natureza penal.

A anistia rescinde a sentença penal condenatória irrecorrível?

Sim, pois nem a coisa julgada impede os seus efeitos. Assim, se o sujeito vier a cometer novo delito, não será considerado reincidente.

A anistia impede a execução da sentença condenatória para efeito da reparação do dano?

Não. A anistia faz cessar os efeitos *penais* da sentença condenatória com trânsito em julgado. O efeito *civil* da obrigação de reparação do dano, entretanto, não desaparece. Diante disso, a sentença pode ser executada (CPP, art. 63).

Quais as formas da anistia?

A anistia pode ser:

- a) própria: quando concedida antes da condenação irrecorrível;
- b) imprópria: depois da condenação irrecorrível;
- c) geral ou plena: mencionando fatos, atinge todos os criminosos;
- d) parcial ou restrita: quando, mencionando fatos, exige uma condição pessoal do criminoso, como, p. ex., ser primário;
- e) incondicionada: quando a lei não impõe qualquer requisito para a sua concessão;

f) condicionada: quando a lei exige o preenchimento de uma condição para a sua concessão. Ex.: que os criminosos deponham as armas.

Pode ser recusada?

Pode, quando condicionada.

A anistia se estende à pena de multa?

Se a anistia rescinde até a própria condenação irrecorrível, cremos que alcança também a pena pecuniária.

Quais as diferenças entre a anistia e a graça e o indulto?

a) a anistia exclui o crime, rescinde a condenação e extingue totalmente a punibilidade; a graça e o indulto apenas extinguem a punibilidade, podendo ser parciais;

b) a anistia, em regra, atinge crimes políticos; a graça e o indulto, crimes comuns;

c) a anistia pode ser concedida pelo Poder Legislativo; a graça e o indulto são de competência exclusiva do Presidente da República;

d) a anistia pode ser concedida antes da sentença final ou depois da condenação irrecorrível; a graça e o indulto pressupõem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ela se distingue da *abolitio criminis*. Esta extingue o tipo penal incriminador. Em face da anistia, entretanto, apaga-se o fato cometido, subsistindo a norma incriminadora.

Extinta a punibilidade pela anistia, não se impõe nem se executa medida de segurança (CP, art. 96, parágrafo único).

3. GRAÇA E INDULTO

A graça se distingue do indulto nos seguintes pontos:

a) a graça é individual; o indulto, coletivo;

b) a graça (em regra) deve ser solicitada; o indulto é espontâneo.

Enquanto a anistia e o indulto têm o caráter de generalidade, incidindo sobre fatos e abrangendo uma generalidade de pessoas, a graça é individual, pois só atinge determinado criminoso. Enquanto a anistia e o indulto podem ser concedidos espontaneamente pelo Poder Público, a graça, que a Lei de Execução Penal denomina “indulto individual”, em regra deve ser solicitada, nos termos do art. 188: “O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa”.

O pedido de graça é submetido à apreciação do Conselho Penitenciário, nos termos do art. 189 da Lei de Execução Penal.

Tratando-se de indulto, é também imprescindível o parecer do Conselho Penitenciário, tanto que os decretos que o concedem fazem menção expressa à sua necessidade.

Quem concede a graça e o indulto?

A competência é do Presidente da República, nos termos do art. 84, XII, da Const. Federal.

Somente o Presidente da República pode conceder graça e indulto?

Nos termos do art. 84, parágrafo único, da Const. Federal, “o Presidente da República poderá delegar” a atribuição de conceder a graça e o indulto “aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União”.

A graça e o indulto pressupõem sentença condenatória irrecorrível?

Doutrinariamente, a graça e o indulto só cabem após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Atualmente, porém, tem-se entendido cabível a concessão de indulto antes de a sentença condenatória transitar em julgado, desde que não caiba mais recurso da acusação.

Quais os efeitos da graça e do indulto?

Somente extinguem a punibilidade, subsistindo o crime, a condenação irrecorrível e seus efeitos secundários (salvo o caso de o indulto ser concedido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória). Assim, vindo o sujeito agraciado ou indultado a cometer novo crime, será considerado reincidente.

A graça e o indulto impedem a execução da sentença condenatória no juízo cível para efeito de reparação do dano?

Não, pois extinguem apenas as consequências executório-penais da sentença condenatória. Se o indulto for concedido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o ofendido pode valer-se da *actio civilis ex delicto* (CPP, art. 64).

O indulto se estende à pena de multa?

Podendo ser total ou parcial, o indulto só abrange as penas a que faz referência. Tanto que o art. 192 da Lei de Execução Penal, que se aplica ao indulto, diz que o juiz “declarará extinta a pena”. Assim, se o decreto silenciar a respeito da pena pecuniária, a ela o indulto não se estenderá.

O condenado em regime de *sursis* pode ser favorecido pelo indulto?

Pode. Como se tem entendido, embora o indulto e o *sursis* sejam institutos diversos, não são incompatíveis, e o requisito da boa conduta carcerária é perfeitamente substituível pela boa conduta social.

A graça e o indulto podem ser:

a) plenos: quando extinguem totalmente a punibilidade;

b) parciais: quando concedem diminuição da pena ou sua comutação (substituição da pena por outra de menor gravidade).

O indulto e a graça podem ser recusados?

Podem, desde que se trate de comutação da pena ou de indulto condicionado.

O Presidente da República pode conceder graça a condenado por crime de ação penal privada?

Pode. Transitando em julgado a sentença condenatória, o *jus punitionis* é exercido exclusivamente pelo Estado. De modo que, entendendo cabível a medida, não a impede a circunstância de tratar-se de crime de ação penal privada.

Extinta a punibilidade pela graça ou indulto, salvo disposição estatal em contrário, não se executa a medida de segurança (CP, art. 96, parágrafo único).

Nos termos do art. 5.º, XLIII, da Const. Federal, a graça e o indulto não podem ser aplicados em relação a delitos referentes à prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e aos definidos como crimes hediondos.

Capítulo LXVIII

RENÚNCIA E PERDÃO

1. CONCEITO DE RENÚNCIA DO DIREITO DE QUEIXA

Nos crimes de ação penal privada, como vimos, somente o ofendido ou seu representante legal pode exercer o direito de queixa. Diante disso, nada obsta a que desistam de iniciar o processo criminal contra o ofensor. Se a titularidade é deles, nada impede que renunciem ao direito de oferecer a queixa. Surge, então, a renúncia do direito de queixa, que é a abdicação do ofendido ou de seu representante legal do direito de promover a ação penal privada.

Nos termos do art. 107, V, 1.^a parte, do CP, a renúncia do direito de queixa extingue a punibilidade. E o art. 104, *caput*, determina que “o direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado”.

2. OPORTUNIDADE DA RENÚNCIA

A renúncia só é possível antes do início da ação penal privada, o que pode ser percebido pelo disposto no art. 104, *caput*, do CP, pois ela obsta o oferecimento da queixa. Assim, é oportuna a renúncia dentro dos seis meses previstos para o exercício da ação penal privada (CP, art. 103), *i. e.*, desde o dia em que o ofendido ou seu representante legal toma conhecimento da autoria do crime até o último dia do prazo.

É cabível a renúncia no caso da ação penal privada subsidiária da pública?

É possível, observando-se que a renúncia do titular da queixa substitutiva não impede que o órgão do Ministério Público ofereça a denúncia, iniciando a ação penal pública (CPP, art. 29).

3. FORMAS DE RENÚNCIA. QUESTÕES VÁRIAS

A renúncia pode ser:

- a) expressa e
- b) tácita.

Diz o art. 104, *caput*, do CP que o direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado “expressa ou tacitamente”.

A renúncia expressa consta de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (CPP, art. 50, *caput*), observando-se que este não precisa ser advogado.

Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de o ofendido ou seu representante legal iniciar a ação penal privada (CP, art. 104, parágrafo único, 1.^a parte). Ex.: praticado um crime de injúria, o ofendido convida o ofensor para ser padrinho de batismo de seu filho, indicando com esse ato não ter vontade de contra ele oferecer a queixa. Nos casos concretos, a existência da renúncia tácita exige exame acurado, dependendo do meio cultural em que os sujeitos vivem e demais circunstâncias. Assim, se ofensor e ofendido comparecerem a um ato solene, o simples cumprimento não denota renúncia tácita.

No caso de concurso de pessoas, a exclusão de um dos ofensores indica renúncia tácita?

Sim, não podendo o Promotor de Justiça aditar a queixa para nela incluir o ofensor omitido. Dessa forma, se três são os autores do crime de ação penal privada, cumpre ao ofendido oferecer queixa contra todos ou nenhum. A exclusão de um importa renúncia tácita, estendendo-se aos demais, nos termos do art. 49 do CPP: “A renúncia ao direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá”.

O fato de o ofendido haver recebido a indenização do dano causado pelo crime importa a renúncia tácita?

Não, de acordo com o que dispõe o art. 104, parágrafo único, 2.^a parte, do CP. Tratando-se, entretanto, de crime de ação penal privada regida pela Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, a composição civil homologada acarreta a renúncia ao direito de queixa (art. 74, parágrafo único).

No caso de dupla subjetividade passiva, *i. e.*, no caso de haver dois sujeitos passivos, a renúncia de um ofendido se estende ao outro?

Não, pois cada ofendido é titular de seu direito de queixa: a renúncia de um não importa a do outro.

E se o ofendido morre? A renúncia do cônjuge importa a renúncia das outras pessoas enumeradas no art. 31 do CPP (ascendente, descendente ou irmão)?

Não. Embora o cônjuge sobrevivente possa renunciar, não se trata de renúncia em sentido técnico, podendo a queixa ser oferecida pelo ascendente, descendente ou irmão do falecido¹.

4. CONCEITO DE PERDÃO ACEITO COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Perdão é o ato pelo qual, iniciada a ação penal privada, o ofendido ou seu representante legal desiste de seu prosseguimento. É o que diz o art. 105, *caput*, do CP: “O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação”. Trata-se de causa extintiva da punibilidade, de acordo com o que dispõe o art. 107, V, 2.^a figura, do CP.

O perdão do ofendido não se confunde com o perdão judicial, caso em que o CP permite ao juiz deixar de aplicar a pena, tomando em consideração determinadas circunstâncias.

O perdão só tem lugar na ação penal exclusivamente privada. Tratando-se de ação penal privada subsidiária da pública (CP, art. 100, § 3.^o), a desistência do ofendido de prosseguir com o processo não determina a extinção da punibilidade, mesmo que o réu aceite o perdão, pois se trata de ação penal pública, devendo o órgão do Ministério Público assumi-la como parte principal (CPP, art. 29).

5. OPORTUNIDADE DO PERDÃO

O perdão só é possível depois de iniciada a ação penal privada mediante o oferecimento da queixa, tendo efeito até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Transitando em julgado a sentença penal condenatória, não é mais admissível (CP, art. 106, § 2.^o).

6. FORMAS DE PERDÃO

O perdão, nos termos do art. 106, *caput*, e § 1.^o, do CP, pode ser:

a) processual;

1. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo penal*, Bauru, Jalovi, 1977, v. 1, p. 406 e 407.

- b) extraprocessual;
- c) expresso;
- d) tácito.

Perdão processual é o concedido nos autos da ação penal privada (art. 106, *caput*, 1.^a figura).

Perdão extraprocessual é o concedido fora dos autos da ação penal privada (art. 106, *caput*, 2.^a figura).

Perdão expresso é o concedido por meio de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou por procurador com poderes especiais (CPP, arts. 50, 56 e 58; CP, art. 106, *caput*, 3.^a figura).

Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação (CP, art. 106, § 1.^o).

O perdão processual é sempre expresso (CPP, art. 58, parte inicial). O perdão extraprocessual pode ser expresso ou tácito. Concedido expressamente fora do processo, a declaração deve ser juntada nos autos. Tratando-se de perdão tácito, pode ser provado por qualquer meio (CPP, art. 57, 2.^a figura).

7. TITULARIDADE DA CONCESSÃO DO PERDÃO

Se o ofendido é menor de 18 anos de idade, a concessão do perdão cabe a seu representante legal.

O perdão pode ser concedido por procurador com poderes especiais (CPP, arts. 50 e 56).

No caso de haver dois ofendidos, o perdão concedido por um não prejudica o direito do outro (CP, art. 106, II).

8. ACEITAÇÃO DO PERDÃO

O perdão não produz efeito quando recusado pelo querelado (CP, art. 106, III).

Qual o motivo da exigência da aceitação do perdão?

O perdão é bilateral porque o querelado pode ter o interesse de provar a sua inocência. Extinta a punibilidade pelo perdão, se isso independesse da vontade do réu, ficaria sem a oportunidade de provar não ter cometido o delito.

Se o querelado é mentalmente enfermo ou retardado mental, e não tem representante legal, ou quando há colisão de interesses deste com os do querelado, a aceitação do perdão cabe ao curador nomeado pelo juiz (CPP, art. 53).

A aceitação do perdão pode ser:

- a) processual;
- b) extraprocessual;
- c) expressa;
- d) tácita.

A aceitação processual é a realizada nos autos da ação penal.

Aceitação extraprocessual é a feita fora dos autos da ação penal.

Há a aceitação processual expressa quando o querelado, nos autos da ação penal, declara aceitar o perdão.

Há a aceitação processual tácita quando, concedido o perdão mediante declaração expressa nos autos, e notificado o querelado para dizer se o aceita dentro do prazo de três dias, não responde à indagação (CPP, art. 58, *caput* e parágrafo único).

A aceitação extraprocessual expressa é a constante de declaração assinada pelo querelado, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais (CPP, art. 59).

Aceitação extraprocessual tácita é a consistente em ato praticado pelo querelado incompatível com a vontade de não aceitar o perdão. Ex.: o querelado, a quem o querelante perdoou, aceita o convite deste no sentido de ser padrinho de batismo de seu filho.

9. EFEITOS DO PERDÃO ACEITO NO CONCURSO DE PESSOAS

Quando há dois ou mais querelados, o perdão concedido a um deles se estende a todos, sem que produza, entretanto, efeito em relação ao que o recusa (CPP, art. 51; CP, art. 106, I e III). Assim, havendo dois réus, o perdão aceito por um produz efeito de extinguir a punibilidade também em relação ao outro, salvo se ocorre recusa. Neste caso, a ação penal continua em relação ao querelado que o recusou.

Capítulo LXIX

DECADÊNCIA E PEREMPÇÃO

1. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA E DE REPRESENTAÇÃO

Nos termos do art. 107, IV, 2.^a figura, a decadência constitui causa de extinção da punibilidade. E o art. 103 do CP diz que o ofendido (ou seu representante legal) decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contados a partir do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso da ação penal privada subsidiária da pública, do dia em que se esgotou o prazo para o oferecimento da denúncia.

Alguns dos problemas que a matéria oferece já foram estudados na disciplina da ação penal, pelo que vamos ater-nos aos efeitos da decadência.

Decadência é a perda do direito de ação do ofendido em face do decurso do tempo¹. Atingindo em primeiro lugar o direito de ação, por via oblíqua incide sobre o *jus puniendi* do Estado, pelo que é arrolada entre as causas de extinção da punibilidade. Quando se trata de ação penal privada, a decadência ataca imediatamente o direito de agir do ofendido ou de seu representante legal, e, em consequência, o Estado perde a pretensão punitiva. Quando se cuida de ação penal pública condicionada à representação, a decadência impede em primeiro lugar que o ofendido ou seu representante legal manifeste validamente a vontade de que o ofensor seja acionado penalmente, em face do que o órgão do Ministério Público, na ausência da condição de procedibilidade, não pode deduzir em juízo a pretensão punitiva do Estado, que fica extinta.

1. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, Saraiva, 1956, v. 3, p. 407.

A decadência não se aplica à requisição do Ministro da Justiça, de modo que esta pode ser formulada em qualquer tempo, desde que não esteja extinta a punibilidade por outra causa.

2. TITULARIDADE DO DIREITO DE QUEIXA OU DE REPRESENTAÇÃO E DECADÊNCIA

Se o ofendido é menor de 18 anos, o direito de queixa ou de representação pertence a seu representante legal (pai, mãe, tutor, curador).

O CP diz que o prazo para o exercício do direito de queixa ou de representação é de seis meses, contados a partir do dia em que o ofendido ou seu representante legal veio a conhecer a autoria do crime. Tratando-se de ofendido menor de 18 anos, e não podendo exercer o direito, o prazo de seis meses não corre contra ele. Se ele não tem o direito, é claro que não pode perder o que não possui. Então, quando o ofendido é menor de 18 anos, o prazo flui para o representante legal a partir do conhecimento da autoria do crime. Suponha-se que o ofendido possua 16 anos ao tempo da prática do crime, transmitindo na mesma data o conhecimento da autoria a seu representante legal. A partir dessa data, terá o representante legal prazo de seis meses para o exercício do direito de queixa ou de representação, sob pena de extinção da punibilidade pela decadência. E se o ofendido não conta o fato e sua autoria ao representante legal? Quando o ofendido completar 18 anos, começará a ser contado o prazo decadencial de seis meses. Assim, a partir da data em que o ofendido completar 18 anos, poderá exercer o direito de queixa ou de representação, dentro do prazo de seis meses, *i. e.*, até completar 18 anos e 6 meses.

Suponha-se que o ofendido, aos 16 anos de idade, conte a autoria do crime a seu pai, que deixa escoar o prazo de seis meses sem oferecer queixa ou exercer a representação. Quando o ofendido completar 18 anos, poderá promover a ação penal privada ou exercer o direito de representação?

Não, pois já houve decadência.

3. PEREMPÇÃO DA AÇÃO PENAL

Nos termos do art. 107, IV, 3.^a figura, do CP, a perempção constitui causa de extinção da punibilidade.

Perempção deriva de perimir, que significa “extinguir” ou “pôr termo” a alguma coisa.

Perempção é a perda do direito de demandar o querelado pelo mesmo crime em face de inércia do querelante, diante do que o Estado perde o *jus puniendi*.

A perempção só é possível na ação penal exclusivamente privada. É o que se verifica do disposto no art. 60, *caput*, do CPP: “Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal...”.

Cabe após o início da ação penal privada. Antes, tem incidência a prescrição, a decadência ou a renúncia.

4. CASOS DE PEREMPÇÃO DA AÇÃO PENAL

Nos termos do art. 60 do CPP, “considerar-se-á perempta a ação penal:

I — quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II — quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III — quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV — quando, sendo querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor”.

Aos casos mencionados, observa José Frederico Marques que “um deve ser acrescido: o da morte do querelante respectivamente no crime de ‘induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento’ (CP, art. 236)”².

2. Ob. cit., p. 411.

Capítulo LXX

RETRATAÇÃO DO AGENTE

1. CONCEITO

Retratar-se significa desdizer-se, retirar o que foi dito, confessar que errou. Em regra, a retratação do agente não tem relevância jurídica, funcionando somente como circunstância judicial na aplicação da pena. Excepcionalmente, o estatuto penal lhe empresta força extintiva da punibilidade (art. 107, VI).

2. CASOS

O Código determina que a retratação do agente extingue a punibilidade, “nos casos em que a lei a admite”. Quais são esses casos?

O primeiro caso de retratação é previsto no art. 143 do CP: “O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena”.

Nos crimes contra a honra, a retratação só é cabível na calúnia e na difamação, sendo inadmissível na injúria¹. Qual o motivo? Ocorre que a calúnia e a difamação incidem sobre imputação de *fato* atribuído pelo ofensor ao ofendido, fato definido como crime (calúnia) ou ofensivo à sua reputação (difamação). Assim, importa à vítima que o ofensor se retrate, negando que ela praticou o *fato* imputado. Na injúria, porém, não há imputação de fato, mas atribuição ao ofendido de qualidade negativa, ofensiva à sua honra subjetiva. Em face disso, a retratação do ofensor, retirando a qualidade negativa atribuída à vítima, não importa a esta, mas, ao contrário,

1. De ver, contudo, que a Lei de Imprensa admitia a retratação na injúria (Lei n. 5.250, de 9-2-1967, art. 26). Referido diploma, contudo, encontra-se revogado, em virtude da decisão proferida na ADPF n. 130 (STF).

pode macular ainda mais a sua dignidade ou decoro. Assim, se o ofensor diz que a vítima é um ignorante, dizendo depois que é um sábio, não repara o dano, podendo causar ofensa maior.

A retratação nos crimes de difamação e calúnia só é possível quando se trata da ação penal privada, pois o art. 143 fala em “querelado”, réu na ação penal de natureza privada.

A expressão “antes da sentença” empregada no art. 143 significa *antes de o juiz proferir a sentença*, não se tratando de decisão irrecorrível. Leva-se em conta a data da publicação da sentença, *i. e.*, a em que o juiz a entrega em mãos do escrivão. É preciso que seja cabal, *i. e.*, total, abrangendo tudo o que foi dito pelo ofensor.

Entendemos que a retratação deveria constituir causa de diminuição da pena e não de extinção da punibilidade. Suponha-se que um sujeito lance ao vento as penas de um travesseiro do alto de um edifício e determine a centenas de pessoas que as recolham. Jamais será possível recolher todas. O mesmo acontece com a calúnia e a difamação. Por mais cabal que seja a retratação, nunca poderá alcançar todas as pessoas que tomaram conhecimento da imputação ofensiva. Não havendo reparação total do dano à honra do ofendido, não deveria a retratação extinguir toda a punibilidade, mas permitir a atenuação da pena.

O segundo caso de retratação é previsto no art. 342, § 2.º, do CP, com redação da Lei n. 10.268, de 28 de agosto de 2001: no crime de falso testemunho ou falsa perícia, “o fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”.

Nesse caso, a retratação é possível até a primeira sentença em relação ao procedimento em que foi praticado o falso testemunho ou a falsa perícia ou até a sentença em relação ao crime de falso?

Suponha-se que o sujeito tenha cometido falso testemunho numa ação penal já encerrada. Iniciada a ação penal por falso testemunho, ainda cabe a retratação?

Nos termos da Lei n. 10.268/2001, que deu nova redação ao § 2º do art. 342 do CP, a retratação só é possível até a sentença final do procedimento em que foi praticado o falso testemunho.

No caso do falso testemunho, a ação penal pelo crime do art. 342 pode ser iniciada antes de o juiz proferir a sentença no procedimento em que foi praticado o falso?

Existem quatro orientações a respeito:

1.ª) *A ação penal por crime de falso testemunho não pode ser iniciada enquanto não proferida a sentença no processo em que foi praticado, não se exigindo, entretanto, que esta tenha transitado em julgado.*

Essa corrente entende que não é possível iniciar-se a ação penal por crime de falso testemunho enquanto não for proferida sentença no processo em que foi cometido, uma vez que até esse momento é possível a retratação extintiva da punibilidade. “Até a prolação da sentença no processo de que se originou a imputação, tem a parte o direito de se retratar”². “Daí resulta, pois, que foi mantida” (no CP vigente) “a clássica conceituação do referido crime, dada por Chauveau et Helie, segundo a qual o crime de falso testemunho somente se consuma quando o depoimento torna-se irrevogável, *i. e.*, quando o prejuízo ou a sua possibilidade não podem mais ser evitados depois da sentença”³. “Para a instauração do processo” “basta que tenha havido sentença nos autos onde foi prestado o depoimento acoimado de falso, não sendo necessário aguardar-se o trânsito em julgado”⁴.

2.^a) *Pode ser iniciada a ação penal por crime de falso testemunho antes de proferida ou transitada em julgado a sentença no processo em que foi cometido.*

Para essa posição, a ação penal por crime de falso testemunho não está condicionada ao ato processual da sentença no processo em que foi praticado ou a seu trânsito em julgado. Tanto é que o CPP, em seu art. 211, permite ao juiz, no momento de proferir a sentença no processo em que foi praticado o falso, determinar a extração de peças para o início da ação penal. O falso testemunho atinge a consumação no momento da conduta e não com o ato da sentença ou seu trânsito em julgado. Caso contrário, não teria nenhum efeito a retratação efetuada antes da sentença. Se o crime só passasse a existir a partir da sentença ou de seu trânsito em julgado, a retratação efetuada antes desses dois momentos não teria onde incidir, ausente que estaria o objeto, *i. e.*, a punibilidade.

3.^a) *Pode ser iniciada e julgada a ação penal por crime de falso testemunho antes de proferida a sentença no processo em que foi cometido.*

Para essa corrente, não só pode ter início como pode ser julgada a ação penal por crime de falso testemunho, antes da sentença proferida no processo em que o crime foi cometido. Isso porque a retratação, causa extintiva da punibilidade, não é pressuposto ou elemento do crime. “Desse modo, desaparece a necessidade da suspensão do processo, na fase da sentença, para aguardar a solução daquele em que tiver havido a falsa afirmação, de vez que, com o advento da retratação tempestiva, ainda que no processo pelo crime de falso tiver ocorrido sentença, poderá ser decretada a extinção da punibilidade”⁵.

2. RT, 356:296, n. 3.

3. RT, 185:632.

4. RT, 225:75.

5. Italo Galli, RT, 286:82.

4.^a) *Nada impede que tenha início a ação penal por crime de falso testemunho antes de proferida a sentença no processo que lhe deu causa. A ação penal e seu julgamento, porém, ficam subordinados a dois princípios: 1.º) se o falso testemunho foi praticado em processo criminal, as duas ações, diante da conexidade, devem correr juntas, havendo um só julgamento; 2.º) se o falso testemunho foi praticado em processo extrapenal, a ação penal só pode ser julgada depois de proferida a sentença naquele.*

Para essa corrente, “a decisão do processo de falso testemunho, antes daquele em que foi proferido, poderá conflitar flagrantemente com a decisão contraditória e diametralmente oposta que acaso venha ser nele proferida. A afirmativa de que o depoimento foi mendaz poderá vir a ser contrariada por sentença que o considerou absolutamente verdadeiro e nele baseou decreto absolutório ou condenatório”⁶. Essa orientação adota a lição de Nélson Hungria: “Se o processo por testemunho falso ou falsa perícia for instaurado quando ainda em curso o processo” (extrapenal) “no qual foi praticado o crime, a decisão do primeiro deve aguardar a decisão do segundo” (...) “Se penal é o processo em que ocorreu o falso testemunho ou falsa perícia os dois processos, em razão da conexidade, deverão correr juntos, e um só deve ser o julgamento”⁷.

É a posição que adotamos.

6. Silva Leme, *RT*, 421:89.

7. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 9, p. 486.

Capítulo LXXI

CASAMENTO SUBSEQUENTE

1. INTRODUÇÃO

Os revogados incisos VII e VIII do art. 107 do CP previam a extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a vítima ou desta com terceiro, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial. A revogação se deu em 29 de março de 2005, data da publicação da Lei n. 11.106.

Esta Lei também produziu diversas alterações na Parte Especial do CP, como a revogação dos crimes de sedução, rapto e adultério, entre outras.

No ponto em que revogou o casamento da vítima como causa extintiva da punibilidade, a Lei n. 11.106/2005 constitui *novatio legis in pejus*. Cuida-se, com efeito, de alteração prejudicial ao acusado, na medida em que reduz a quantidade de causas que extinguem a punibilidade dos crimes contidos nos arts. 213 a 218 do CP. Por esse motivo, não tem alcance retroativo (CP, art. 2.º, e CF, art. 5.º, XL). Assim, o casamento da vítima com o agente ou com terceiro, nos termos dos revogados incisos, ainda pode ter aplicação nos dias de hoje, com relação a crimes ocorridos antes da entrada em vigor da Lei n. 11.106 (29-3-2005), mesmo que o matrimônio ocorra posteriormente. É importante frisar que o parâmetro para a vigência da nova disciplina jurídica é a data do fato (v. art. 4.º do CP) e não a do casamento. Por essa razão, mantivemos as lições alusivas ao casamento da vítima com o agente e com terceiro, de modo a propiciar um balisamento para questões ligadas ao direito intertemporal.

Há de se registrar, ademais, que nos crimes contra os costumes de *ação penal privada*, dando-se o casamento da vítima com o agente, deve-se declarar a extinção da punibilidade, mesmo nos dias atuais e com respeito a

fatos ocorridos *depois* de 29 de março de 2005. Isso porque a atitude da vítima que se casa com o autor do crime deve ser interpretada como *renúncia tácita* ao direito de queixa, se ocorrida antes do ajuizamento da ação penal; se o matrimônio se der no curso da ação criminal, o fato de a vítima (querelante) casar-se com o agente (querelado) configurará o *perdão aceito* (nas modalidades extraprocessuais). Sobre renúncia e perdão aceito, remetemos o leitor ao Capítulo LXVIII (acima).

2. CASAMENTO DO AGENTE COM A VÍTIMA

Nos termos do revogado art. 107, VII, do CP, extinguiu-se a punibilidade pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial.

Quais eram os crimes contra os costumes abrangidos pelo *subsequens matrimonium*?

Eram o estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto (CP, arts. 213 a 221). De ver que os crimes de sedução e rapto foram revogados pela Lei n. 11.106/2005; o atentado violento ao pudor deixou de existir como delito autônomo, passando a integrar o conceito de estupro (art. 213, alterado pela Lei n. 12.015/2009), operando-se o mesmo quanto ao atentado ao pudor mediante fraude que, fundido com a posse sexual fraudulenta, tornou-se o delito de violação sexual mediante fraude (art. 215, com redação dada pela Lei n. 12.015/2009).

E se o casamento fosse da *agente* com o *ofendido*, extinguiu-se a punibilidade?

Sim, uma vez que a disposição falava em “vítima”, abrangendo homem e mulher.

Em que momento podia ocorrer o *subsequens matrimonium*?

Em qualquer momento, antes da sentença final ou depois da sentença condenatória irrecorrível: antes de iniciado o inquérito policial, durante o inquérito policial, durante a instrução criminal ou durante a execução da pena.

Casando-se o sujeito ativo com a vítima e se extinguindo a punibilidade, vindo ele a praticar novo crime, seria considerado reincidente?

Depende. Se a extinção da punibilidade ocorresse antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ausente o pressuposto judicial da recidi-

va (sentença condenatória irrecorrível), não seria considerado reincidente. Se, porém, a extinção da punibilidade ocorresse depois de a sentença condenatória transitar em julgado, seria considerado reincidente.

Em que momento se tem por realizado o casamento?

O casamento se tem por efetuado no momento em que o juiz de casamento declara casados os nubentes.

E se um dos nubentes morre antes de ter sido afirmado por ambos o propósito de casar?

Não há casamento.

E se o juiz celebrante morre depois desse momento, ou enlouquece?

O casamento não é considerado celebrado.

E se um dos nubentes morre antes de o juiz celebrante declará-los casados?

O casamento não se considera celebrado.

E se um dos nubentes morre antes de assinar o termo?

O matrimônio não se considera celebrado.

E se a ofendida não diz o *sim*?

Não há casamento, não se extinguindo a punibilidade.

E se o sujeito ativo deseja casar-se com a vítima, mas esta se nega?

Não se extingui a punibilidade. A extinção só ocorria com o matrimônio.

E se, realizado o matrimônio, o sujeito ativo abandonasse a vítima, extingui-se a punibilidade?

Extingui-se, podendo o sujeito responder por crime de abandono material (CP, art. 244), se fosse caso.

O efeito extintivo da punibilidade do *subsequens matrimonium* estendia-se aos coautores ou partícipes?

Estendia-se. O casamento subsequente era considerado pela doutrina como causa objetiva de extinção da punibilidade, comunicando-se em caso de coautoria ou participação, com fundamento no art. 30, 1.^a parte, do CP. Tratando-se de uma causa fundada na reparação, tinha natureza objetiva e comunicável. Em caso contrário, casando-se com a ofendida o autor principal, como poderia casar-se com ela o partícipe, a fim de extinguir-se a punibilidade? Além disso, se a ação penal pudesse continuar contra o partícipe ou coautor que não se casou com a ofendida, o *strepitus iudicii* viria prejudicar o casal.

E se o casamento fosse anulado?

Depende. Se ainda não houvesse decisão transitada em julgado decretando a extinção da punibilidade, a nulidade do casamento não impedia a propositura da ação penal ou o seu prosseguimento, ou a continuação da execução da pena. Se, porém, já transitada em julgado a decisão judicial extintiva da punibilidade, a nulidade do casamento não tinha força retroativa no sentido de rescindir a coisa julgada. Não havendo revisão criminal *pro societate*, persistiam os efeitos da extinção da punibilidade.

3. CASAMENTO DA VÍTIMA COM TERCEIRO

Nos termos do revogado art. 107, VIII, do CP, extinguiu-se a punibilidade pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeresse o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração.

O Código mencionava os crimes contra os costumes definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial (arts. 213 a 221).

A disposição continha dois princípios:

1.º) O casamento da vítima com terceiro não extinguiu a punibilidade nos crimes de estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214 — atualmente revogado) e raptio violento (art. 219 — revogado), este quando praticado com violência real ou grave ameaça, uma vez que se trata de delitos cometidos com “violência real ou grave ameaça”. Entretanto, mesmo nesses delitos era possível a extinção da punibilidade, atendida a parte final da disposição, quando se tratasse de violência presumida (CP, art. 224). De ver que, com o advento da Lei n. 12.015/2009, os casos de “violência presumida” passaram a integrar o conceito de estupro de vulnerável (art. 217-A).

Dessa forma, a extinção da punibilidade só era cabível nos crimes de posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude (os quais foram fundidos e se tornaram o crime de violação sexual mediante fraude), do revogado crime de sedução, corrupção de menores (cuja definição foi substancialmente modificada pela Lei n. 12.015/2009), dos extintos raptio mediante fraude e raptio consensual. Fora daí havia impedimento absoluto à extinção da punibilidade.

2.º) Nos crimes de posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude (estes equivalem à atual violação sexual mediante fraude — art. 215), do revogado crime de sedução, corrupção de menores, dos extintos rapto mediante fraude e rapto consensual e nos casos de violência presumida, o casamento da vítima com terceiro extinguiu a punibilidade se ela não requeresse o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias, a contar da celebração.

Havia, nesta hipótese, um impedimento relativo à extinção da punibilidade, que ficava condicionada à vontade da ofendida.

O prazo de sessenta dias tinha início na data da celebração do casamento, nos termos do art. 10 do CP, incluindo-se o dia do começo. Tratando-se de prazo de direito material e não processual, deve ser aplicado o CP, não o que dispõe o art. 798, § 1.º, do CPP.

Vê-se que a extinção da punibilidade, no caso, dependia de três requisitos:

- a) casamento da vítima com terceiro;
- b) que o delito não tivesse sido cometido com violência física (real) ou grave ameaça;
- c) inércia da vítima.

O prazo corria automaticamente, não devendo a vítima ser intimada, uma vez que, em caso contrário, a medida viria em prejuízo do casal.

Se a ofendida, no prazo referido, não manifestasse vontade de prosseguir no inquérito policial ou na ação penal, operava-se a extinção da punibilidade. Tratava-se de perempção ou *subsequens matrimonium*?

Cremos que não se tratava de perempção. O que extinguiu a punibilidade, de acordo com a disposição, era o “casamento da vítima com terceiro”. Logo, era na data da celebração que ocorria a causa extintiva, condicionada ao prazo. Não significava que já na data do casamento a punibilidade se encontrava extinta. Não manifestada a vontade de a ofendida prosseguir com a ação, o efeito desse desinteresse retroagia àquela data, extinguindo-se a pretensão estatal.

Entendemos que, nos crimes contra os costumes, o casamento da vítima com terceiro, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não extinguiu a punibilidade. A solução era diversa quando a ofendida se casava com o ofensor, caso em que havia extinção da pretensão punitiva e da pretensão executória. Como ensinava Aloysio de Carvalho Filho, “o casamento da ofendida com o ofensor produz o efeito mais lato, qual o de ex-

tinguir, tanto o crime” “como a pena, ao passo que o casamento com outro que não o ofensor é causa extintiva da ação, e não da pena”¹. Movimentada a máquina policial ou judiciária pela ofendida, ou por seu representante legal, no crime de ação penal privada, o casamento com terceiro alterava a situação, uma vez que, diante da família constituída, podia ser inconveniente o prosseguimento do inquérito policial ou do processo criminal. Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação, por causa da miserabilidade sua ou de seu representante legal, o casamento com terceiro modificava a situação: não se sabia se ela continuava pobre ou não. Daí a exigência de requerer o prosseguimento da ação penal. Sob outro aspecto, se o casamento, na hipótese, extinguisse a punibilidade, o *jus executionis* ficaria sob o domínio da ofendida: ela não se casaria enquanto não cumprida a pena (“não me caso para que ele não saia da cadeia”).

O art. 107, VII, do CP, que tratava do casamento do agente com a vítima, não fazia nenhuma distinção. Diante disso, entende-se que o *subsequens matrimonium* extinguiu a punibilidade no tocante à pretensão punitiva e executória (antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória). O inciso VIII, porém, previa duas distinções, uma quanto à natureza do crime (praticado com violência real ou grave ameaça) e outra quanto aos efeitos da manifestação de vontade da ofendida no sentido do prosseguimento ou não do inquérito policial ou da ação penal. Nesta última hipótese, como é evidente, a vontade da ofendida só tinha efeito enquanto o inquérito policial ou a ação penal estavam em andamento. Assim, o Código Penal disciplinava os efeitos da manifestação de vontade da ofendida no tocante ao seu casamento com terceiro, prevendo a sua relevância somente durante o procedimento policial ou a ação penal. Logo, ela era irrelevante após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

1. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 4, p. 326.

Capítulo LXXII

DA PRESCRIÇÃO

1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O decurso do tempo possui efeitos relevantes no ordenamento jurídico, operando nascimento, alteração, transmissão ou perda de direitos. No campo penal o transcurso do tempo incide sobre a conveniência política de ser mantida a persecução criminal contra o autor de uma infração ou de ser executada a sanção em face de lapso temporal minuciosamente determinado pela norma. Com a prescrição o Estado limita o *jus puniendi* concreto e o *jus punitonis* a lapsos temporais, cujo decurso faz com que considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição violada pelo sujeito.

O verbo “prescrever”, no sentido comum, significa preceituar, fixar, limitar e determinar; no sentido jurídico, quer dizer ficar sem efeito um direito por ter decorrido certo prazo legal.

A palavra “prescrição”, no sentido comum, significa preceito, ordem expressa; no sentido jurídico, significa perda de um direito em face de seu não exercício dentro de certo prazo. Prescrição penal, num conceito preliminar, é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Preferimos dizer que a prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado pelo decurso do tempo sem o seu exercício.

Nos termos do art. 107, IV, 1.^a figura, do CP, a prescrição constitui causa de extinção da punibilidade. A prescrição faz desaparecer o direito de o Estado exercer o *jus perseguendi in juditio* ou o *jus punitonis*, subsistindo o crime em todos os seus requisitos. Se a prescrição ocorre depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, esta subsiste com seus efei-

tos secundários, como, p. ex., o de forjar a reincidência. Se a prescrição ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, vindo o sujeito a cometer novo crime, não é considerado reincidente, pois falta o pressuposto da recidiva (sentença condenatória anterior com trânsito em julgado).

Parte da doutrina entende que a prescrição tem natureza mista, pertencendo ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Sob o aspecto material (penal), o Estado, diante do decurso do tempo, não tem mais razões para aplicar ao fato o Direito Penal objetivo, extinguindo-se a exigência de punição. Pelo prisma processual, a passagem do tempo faz com que a produção das provas se dilua e surja a possibilidade de sentenças injustas. Por isso, fica impedida a iniciativa da persecução penal. cremos, entretanto, que a prescrição tem natureza exclusivamente penal. Tanto que, constituindo causa extintiva da punibilidade, vem disciplinada no CP. O impedimento à persecução penal que dela decorre configura simples efeito de natureza processual penal, como acontece com outras causas, como a anistia, a renúncia do direito de queixa, a reparação do dano no peculato culposos etc.

2. PRETENSÃO PUNITIVA E PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio¹. Com a prática do delito, o direito de punir do Estado, que era abstrato, transforma-se em concreto, formando-se a relação jurídico-punitiva. Surge um conflito de interesses entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do agente. O Estado é, então, titular da pretensão punitiva, adquirindo o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo ao fato cometido pelo delinquente. E faz isso por meio da ação penal, em que a acusação é a dedução em juízo da pretensão punitiva, tendo por objeto imediato o julgamento da própria pretensão punitiva, a prestação jurisdicional, e por objeto mediato, a imposição da sanção penal prevista no preceito secundário da norma penal. Pretensão punitiva é, pois, a exigência de subordinação do direito de liberdade do cidadão ao direito de punir concreto do Estado. Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitar em julgado, o Estado é titular da pretensão punitiva, exigindo do Poder Judiciário a prestação jurisdicional pedida na acusação, que tem duas finalidades: objetiva o julgamento da pretensão punitiva e a imposição da sanção penal. Transi-

1. Francesco Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 1951, v. 1, p. 7.

tando em julgado a sentença condenatória, o direito de punir concreto transforma-se em *jus punitiois*, convertendo a pretensão punitiva em pretensão executória: exigência de execução da sanção penal concretizada na sentença. O Estado adquire o direito de executar a pena ou medida de segurança imposta na sentença.

3. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Como vimos, antes de a sentença final transitar em julgado, o Estado é titular da pretensão punitiva. Tem o direito de acionar o Poder Judiciário no sentido de aplicar a lei penal ao fato cometido pelo delinquente. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória o Estado se torna titular da pretensão executória, adquirindo o direito de executar a sanção. O decurso do tempo incide sobre as duas formas de pretensão. Daí falar-se em:

- a) prescrição da pretensão punitiva;
- b) prescrição da pretensão executória.

Na prescrição da pretensão punitiva (chamada impropriamente de prescrição da ação), o decurso do tempo faz com que o Estado perca o direito de punir no tocante à pretensão de o Poder Judiciário julgar a lide e aplicar a sanção abstrata (aspiração de punição). Não se trata de o Estado perder o direito de ação, pois a prescrição atinge imediatamente o *jus puniendi*, ao contrário do que ocorre com a preempção e a decadência, que primeiro atingem o direito de ação, para, depois, por via indireta, atingir o direito de punir.

Na prescrição da pretensão executória (chamada impropriamente de prescrição da condenação), o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória.

A prescrição da pretensão punitiva (da persecução penal) ocorre antes de a sentença final transitar em julgado. Suponha-se que um sujeito cometa um crime de lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*), não se descobrindo a autoria. Se o Estado, dentro de quatro anos, não exercer o *jus persequendi in judicio*, opera-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Aplica-se o disposto no art. 109 do CP.

A prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Suponha-se que o agente tenha sido condenado irrecorivelmente a três meses de detenção pela prática de lesão corpo-

ral leve, não merecendo o *sursis*. Se o Estado não iniciar a execução da pena dentro de dois anos, opera-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória. Aplica-se o disposto no art. 110 do CP.

4. IMPRESCRITIBILIDADE

Em regra, a prescrição, seja da pretensão punitiva, seja da executória, alcança todas as infrações penais. Nos termos da Const. Federal, porém, não se aplica aos crimes de racismo (art. 5.º, XLII; Lei n. 7.716, de 5-1-1989, com alterações da Lei n. 9.459, de 13-5-1997) e aos referentes à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (XLIV). De modo que o decurso do tempo não extingue a prescrição em qualquer de suas formas.

5. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Nos termos do art. 109 do CP, “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I — em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II — em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III — em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV — em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V — em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI — em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano”.

Assim, a prescrição da pretensão punitiva é regulada pela pena abstrata cominada na lei penal incriminadora, seja simples, seja qualificado o delito. O prazo prescricional varia de acordo com o máximo da sanção abstrata privativa da liberdade, com desprezo da pena de multa, quando cominada cumulativa ou alternativamente. Para saber qual o prazo de prescrição da pretensão punitiva devemos verificar o limite máximo da pena imposta *in abstracto* no preceito sancionador e enquadrá-lo em um dos incisos do art. 109 do CP, de acordo com o quadro seguinte:

Máximo da pena privativa de liberdade	Prazo prescricional
1. + de 12 anos	= 20 anos
2. + de 8 a 12 anos	= 16 anos
3. + de 4 a 8 anos	= 12 anos
4. + de 2 a 4 anos	= 8 anos
5. de 1 a 2 anos	= 4 anos
6. menos de 1 ano	= 3 anos

Exs.:

1.º) Homicídio culposo (art. 121, § 3.º). Máximo da pena privativa de liberdade: três anos. Prazo da prescrição da pretensão punitiva: oito anos (art. 109, IV).

2.º) Calúnia (art. 138, *caput*). Máximo da pena privativa de liberdade: dois anos. Prazo prescricional da pretensão punitiva: quatro anos (art. 109, V).

3.º) Furto simples (art. 155, *caput*). Máximo da pena abstrata: quatro anos. Prazo da prescrição da pretensão punitiva: oito anos (art. 109, IV).

4.º) Roubo próprio (art. 157, *caput*). Máximo da pena privativa de liberdade: dez anos. Prazo prescricional da pretensão punitiva: dezesseis anos (art. 109, II).

5.º) Homicídio simples (art. 121, *caput*). Máximo da pena privativa de liberdade: vinte anos. Prazo da prescrição da pretensão punitiva: vinte anos (art. 109, I).

6.º) Porte ilegal de arma branca (LCP, art. 19, *caput*). Máximo da prisão simples: seis meses. Prazo prescricional da pretensão punitiva: dois anos (CP, art. 109, VI).

Desclassificada a infração penal para outra de menor gravidade, a decisão tem efeito retroativo, alcançando os termos iniciais. Suponha-se que o réu seja denunciado por tentativa de homicídio em 2003. Em 2008, na fase da pronúncia, o juiz desclassifica o delito para lesão corporal leve. Essa capitulação do fato deve ser considerada para o fim de ser declarada extinta a punibilidade em face da pena abstrata (quatro anos, contados a partir da data do recebimento da denúncia).

No concurso de crimes (concurso material, formal e crime continuado), a prescrição atinge a pretensão punitiva em relação a cada infração, considerada isoladamente (CP, art. 119).

Para efeito de contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva são levadas em conta as causas de aumento e de diminuição da pena. Assim, se o agente praticou furto simples (art. 155, *caput*), o prazo prescricional é de oito anos (art. 109, IV). Se, porém, praticou furto qualificado pelo repouso noturno (art. 155, § 1.º), em que a pena abstrata é aumentada de um terço, o máximo da sanção privativa de liberdade é de cinco anos e quatro meses de reclusão, ocorrendo a prescrição em doze anos (art. 109, III). O mesmo ocorre incidindo causa de diminuição da pena. Ex.: tentativa (CP, art. 14, parágrafo único, em que a diminuição é de um terço). Não incide, porém, o aumento da pena do concurso formal e do crime continuado (CP, arts. 70 e 71), pois se não houvesse o concurso ou o nexo de continuidade a prescrição seria regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada a cada delito, sem o acréscimo legal. Como o concurso formal e o crime continuado ensejam causas de diminuição da pena, entende-se que não devem prejudicar o agente no caso da prescrição. Em relação ao crime continuado o prazo prescricional da pretensão punitiva deve ser regulado pela pena cominada em relação a cada crime, considerado isoladamente, sem o acréscimo legal (CP, art. 119). O STF já decidiu que a regra de que no crime continuado não se leva em conta o aumento para efeito de prescrição também se aplica à que extingue a pretensão punitiva (RTJ, 50:551).

As circunstâncias agravantes (CP, arts. 61 e 62) e atenuantes (art. 65) não interferem no prazo prescricional. Exceção: CP, art. 115.

O dispositivo do art. 110, *caput*, parte final, do CP, segundo o qual o prazo prescricional da pretensão executória é aumentado de um terço na reincidência, é inaplicável à prescrição da pretensão punitiva.

Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, deve ser decretada a extinção da punibilidade (CP, art. 107, IV, 1.ª figura), nos termos do art. 61 do CPP. Várias hipóteses podem ocorrer:

- 1.ª) se ainda não há inquérito policial, não pode ser instaurado;
- 2.ª) se o inquérito policial está em andamento, deve ser remetido ao Juízo, cabendo ao Ministério Público requerer ao juiz a extinção da punibilidade, arquivando-se;
- 3.ª) se foi oferecida denúncia ou queixa, cabe ao juiz rejeitá-las (CPP, art. 395, III, com redação dada pela Lei n. 11.719, de 2008) ou absolver sumariamente o réu (CPP, art. 397, IV, com redação da citada Lei);

4.^a) se a ação penal está em andamento, cabe ao juiz, de ofício, decretá-la (CPP, art. 61, *caput*);

5.^a) se em fase de julgamento, cabe ao juiz decretá-la sem entrar no mérito;

6.^a) se reconhecida em grau de recurso ou revisão criminal, a sentença condenatória não produz nenhum efeito (principal ou secundário).

Extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, considerada a pena abstrata, o réu não paga as custas e a ele deve ser restituído o valor da fiança (CPP, art. 337).

A extinção da punibilidade, no caso do art. 110, *caput*, não impede a ação civil de reparação do dano (CPP, art. 67, II).

Favorecido pela prescrição, o réu não pode ser processado pelo mesmo fato.

6. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Nos termos do art. 110, *caput*, do CP, a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no art. 109, os quais se aumentam de um terço se o condenado é reincidente.

Enquanto o prazo prescricional da pretensão punitiva é determinado pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, o prazo de prescrição da pretensão executória é regulado pela quantidade da pena imposta na sentença condenatória, variando de acordo com os lapsos fixados nos incisos do art. 109. Exs.:

1.º) Réu condenado a um ano de reclusão. Prazo da prescrição da pretensão executória: quatro anos (art. 109, V).

2.º) Réu condenado a dois anos e seis meses de reclusão. A prescrição da pretensão executória ocorre em oito anos (art. 109, IV).

3.º) Réu condenado a seis anos de reclusão. A prescrição da pretensão executória ocorre em doze anos (art. 109, III).

4.º) Réu condenado a quatro meses de reclusão. A prescrição da pretensão executória ocorre em dois anos (art. 109, VI).

Substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (CP, arts. 55 e 59, IV), aplicam-se os mesmos prazos prescricionais reguladores daquela (CP, art. 109, parágrafo único).

Tratando-se de reincidente, o prazo da prescrição da pretensão executória da pena privativa de liberdade é aumentado de um terço (art. 110, *caput, in fine*). Para tanto, é necessário que a sentença condenatória tenha reconhecido a reincidência. Em outros termos, torna-se preciso que o crime, em relação ao qual surgiu a anterior condenação com trânsito em julgado (pressuposto da reincidência), tenha sido cometido antes da nova sentença condenatória. O dispositivo não trata da reincidência futura, *i. e.*, de crime cometido após a condenação em relação à qual vem a ser aumentado o prazo prescricional da pretensão executória (RTJ, 50:551 e 552). Neste último caso, embora não aumente o prazo prescricional, a reincidência interrompe a prescrição da pretensão executória (CP, art. 117, VI; STF, RTJ, 50:553).

No concurso material e formal cada delito tem seu prazo prescricional isolado, ainda que as penas tenham sido impostas na mesma sentença (CP, art. 119).

No crime continuado, de acordo com a Súmula 497 do STF, “a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação” (previsto no art. 71). Assim, o prazo prescricional deve ser contado de acordo com a pena-base imposta na sentença, sem o aumento legal. Parte da jurisprudência, porém, entende que no cálculo da pena concreta, para efeito da prescrição da pretensão executória, é necessário desintegrar a sanção resultante do crime continuado e distribuí-la pelos delitos componentes, incidindo a prescrição sobre a pretensão estatal em relação a cada crime, considerado isoladamente, sem o acréscimo legal. Essa posição hoje tem apoio no art. 119 do CP.

Suponha-se que o sujeito cometa dois crimes de furto qualificado ligados pelo nexo de continuidade. A pena mínima seria de dois anos e quatro meses de reclusão, ocorrendo a prescrição em oito anos. Agora, se não houvesse o nexo de continuidade e fosse ele submetido a duas ações penais, seria condenado a dois anos de reclusão em cada processo, ocorrendo a prescrição em quatro anos. Como se nota, a figura do crime continuado, criado para favorecer o agente, viria prejudicá-lo.

Reduzida a pena por graça ou indulto, não é a sanção originária que regula o prazo prescricional, mas sim o restante não alcançado pela indulgência soberana.

Não corre a prescrição da pretensão executória durante o período de prova do *sursis* e do livramento condicional. Nos termos do art. 112, I, do CP, a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que passa em julgado a sentença que revoga a suspensão condicional da pena

ou livramento condicional, prova de que durante aquele período o curso prescricional não estava correndo.

O reconhecimento da prescrição da pretensão executória, na hipótese do art. 110, *caput*, do CP, somente impede a execução das penas e de eventual medida de segurança, subsistindo os efeitos secundários da condenação (lançamento do nome do réu no rol dos culpados, custas, reincidência etc.). Se prestou fiança, seu valor fica sujeito ao pagamento das custas e indenização do dano (CPP, art. 336 e seu parágrafo).

Subsistindo os efeitos secundários da sentença condenatória, pode ela ser executada no cível para reparação do dano (CP, art. 91, I; CPP, arts. 63 e 67, II, por analogia).

7. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE À SENTENÇA CONDENATÓRIA

Nos termos do que dispõe o art. 109, *caput*, do CP, a prescrição da pretensão punitiva (prescrição da ação penal), salvo a exceção do § 1.º do art. 110, do mesmo estatuto, é regulada pelo máximo da sanção privativa de liberdade. Significa que antes do trânsito em julgado da sentença final o prazo prescricional deve ser considerado em face da pena máxima cominada. Há, porém, uma exceção: caso em que, não obstante tratar-se de prescrição da pretensão punitiva, não é a pena em abstrato que regula o prazo, mas a pena em concreto, *i. e.*, a imposta pelo juiz na sentença.

O art. 110, § 1.º, do CP, na redação atual, assinala o seguinte:

“A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

O dispositivo corresponde, com alteração, ao primitivo parágrafo único do art. 110 do CP, que determinava: “A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”.

Quando se trata de prescrição da pretensão punitiva (da ação), o prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena abstrata (art. 109). Cuidando-se de prescrição da pretensão executória (da condenação), que surge com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o lapso é considerado em face da pena concreta (art. 110, *caput*). Neste caso, embora o termo *a quo* corresponda à data do trânsito em julgado da condenação para a acusação (CP, art. 112, I), é necessário que esta também se tenha tornado irrecorrível para a defesa, momento em que o Estado adquire a pretensão executória.

Antes de a sentença condenatória transitar em julgado, a prescrição é regulada pela sanção abstrata. Há, contudo, uma exceção, anteriormente prevista no parágrafo único do art. 110, hoje § 1.º (cuja redação foi alterada pela Lei n. 12.234/2010). Na redação primitiva do dispositivo excepcional, desde que somente o réu tivesse apelado da sentença condenatória, a partir de sua publicação tinha início o prazo prescricional regulado pela pena imposta. Na redação atual (§ 1.º), transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação, ou sendo improvido seu recurso, a partir de sua publicação começa a correr prazo prescricional regulado pela pena concreta. Verifica-se que, embora ainda não se possa falar em prescrição da pretensão executória, uma vez que a decisão ainda não transitou totalmente em julgado, não é mais a pena abstrata, mas a concreta, o termo fixador da prescrição. A razão reside em que, ou porque somente o réu apelou, ou, não tendo apelado, pode fazê-lo, ou porque a decisão transitou em julgado para a acusação, ou foi improvida sua apelação, a condenação, quanto à quantidade da pena, não pode mais ser alterada em prejuízo da defesa. Assim, se o réu apelou, ou puder apelar, não havendo, p. ex., recurso da acusação, a solução revestir-se-á de duas alternativas quanto à quantidade da pena: será mantida ou reduzida. Nunca, porém, poderá ser elevada. Diante disso, a partir da sentença condenatória não existe fundamento para que a prescrição continue a ser fixada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato. Suponha-se que o réu venha a ser condenado a três meses de detenção, tendo transitado a sentença para a acusação. Três anos e meio após ainda não se conseguiu intimá-lo da decisão. Nos termos do § 1.º do art. 110, operou-se a prescrição. Como a pena é inferior a um ano, ela ocorre em três, já ultrapassados.

A prescrição prevista no § 1.º constitui forma de prescrição da pretensão punitiva (da ação), que rescinde a própria sentença condenatória. No caso apresentado, em que o réu vem a ser condenado a três meses de detenção, com trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação, ou sendo negado provimento à sua apelação, três anos depois da publicação da sentença condenatória, aplicado o § 1.º do art. 110 do CP, ocorre a prescrição da pretensão punitiva (art. 109).

Observe-se que o disposto no § 1.º do art. 110 constitui exceção, quanto ao modo de consideração do prazo, à regra incidente sobre a prescrição da pretensão punitiva. Com efeito, a indicação marginal do art. 109 fala em “prescrição antes de transitar em julgado a sentença”. E o texto reza que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1.º “do art. 110”, regula-se pela pena abstrata. Assim, a prescrição da pretensão punitiva é regulada de duas maneiras: em regra, pela pena abstra-

ta; excepcionalmente, quando a sentença transita em julgado para a acusação, e, a partir dela, pela pena concreta (caso do § 1.º). A exceção, como nos parece, diz respeito unicamente ao modo de contagem do prazo, não a seus efeitos, que permanecem os mesmos disciplinados no art. 109.

Na verdade, se a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação, ou se foi improvido seu recurso, haja ou não apelo da defesa, a pena imposta não pode ser mais agravada. Como dizia Aloysio de Carvalho Filho, “nada justificaria em face dessas circunstâncias, o apego, quase fetichista, à pena legal, quando, na hipótese, a pena judicial é a conclusão a que a justiça chegou, depois de exame presumidamente cuidadoso, e a conclusão inalterável, a não ser para benefício do acusado”².

O acórdão confirmatório da sentença condenatória não interrompe o prazo prescricional superveniente à decisão de primeiro grau. Em face disso, havendo embargos infringentes, é possível que, a partir da sentença condenatória até o acórdão, já tenha decorrido o respectivo prazo extintivo da pretensão punitiva. Nesse caso, fica impedido o julgamento do mérito, devendo o Tribunal desde logo declarar a extinção da punibilidade.

Somente impede a incidência da prescrição superveniente à condenação o recurso da acusação que visa à agravação da pena privativa de liberdade. Assim, não constitui obstáculo a apelação que pretende, conformando-se com a quantidade da pena detentiva, a imposição da pena de multa, a cassação do *sursis* etc. Além disso, desde que improvido o apelo da acusação que visa à agravação da pena, o próprio Tribunal pode aplicar o disposto no art. 110, § 1.º, do CP. Da mesma forma, quando, embora provido, não haja alteração no prazo prescricional.

Não se exige recurso do réu.

O dinheiro ou objetos dados como fiança pelo réu beneficiado pelo § 1.º ficam sujeitos ao pagamento das custas (v. CPP, art. 336, parágrafo único).

8. PRESCRIÇÃO RETROATIVA

a) Introdução. Súmula 146 do STF

Nos termos do antigo parágrafo único do art. 110 do CP, depois de sentença condenatória de que somente o réu tivesse recorrido, a prescrição regulava-se pela pena imposta. A pena concreta servia de base para o cál-

2. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 4, p. 368.

culo prescricional que começa a partir da publicação da sentença condenatória. Suponha-se que o réu tivesse sido condenado a três meses de detenção, transitando em julgado a condenação para a acusação. A partir da sentença iniciava-se período de dois anos da prescrição da pretensão punitiva (prazo prescricional anterior à Lei n. 12.234/2010). Como a sentença ainda não havia transitado em julgado para a defesa não se podia falar em prescrição da pretensão executória. Os dois anos deviam ser contados da data da publicação da sentença para frente, não tendo efeito retroativo, *i. e.*, não se podendo contá-los a partir da consumação do crime ou do recebimento da denúncia.

O STF, porém, na Súmula 146, interpretando o referido parágrafo único, passou a entender que “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Significava: quando não havia recurso da acusação, a pena concreta tinha efeito de regular o anterior prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Ex.:

Suponha-se que um sujeito tivesse praticado crime de lesão corporal leve no dia 5-5-1976. Como o máximo da pena privativa de liberdade é de um ano, a prescrição da pretensão punitiva (da ação) ocorreria em quatro anos. Se o promotor de justiça não oferecesse denúncia até 4-5-1980, não mais poderia fazê-lo, em face da prescrição. Suponha-se, entretanto, que a denúncia viesse a ser recebida no dia 3-10-1976, interrompendo o prazo prescricional e ensejando que recomeçasse a ser contado, por inteiro. De modo que a partir de 3-10-1976 deveríamos recomeçar a contar o prazo de quatro anos. O juiz deveria proferir sentença até 2-10-1980. Se não o fizesse, não mais poderia condenar o réu, diante da prescrição. Imagine-se que o juiz o condenasse a três meses de detenção em 10-11-1978, recorrendo a defesa e transitando em julgado a decisão para o Ministério Público. O STF, aplicando a Súmula 146, orientava-se no sentido de que, satisfeita a acusação com a quantidade da pena imposta, esta é que deveria ter regulado o prazo prescricional anterior. Se a pena era inferior a um ano, o prazo prescricional da pretensão punitiva era de dois anos, decorridos entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória. Dessa forma, quando o juiz condenou o réu, o Estado já havia perdido o poder-dever de punir, atingido pela prescrição.

Aplicando o princípio sumular, a Excelsa Corte, salvo votos isolados, passou a aceitar todas as suas consequências lógicas. A partir de 1970, porém, houve um movimento no sentido de restringir o seu alcance, exigindo-se os seguintes requisitos para a sua aplicação:

- 1.º) sentença condenatória de primeiro grau;
- 2.º) existência de recurso da defesa e inexistência de recurso da acusação;
- 3.º) possibilidade de contagem do prazo somente entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória.

Ficou mantido o princípio da extinção da punibilidade pela aplicação retroativa da prescrição da pretensão punitiva restrito a determinados requisitos, não podendo ser ampliado. Sobre a restrição, dizia o Min. Luiz Gallotti: “Como entendo que a Súmula é errada, e tenho que me submeter a ela, não amplio o erro — fico no erro, mas não vou além dele”³.

A prescrição retroativa, diante da restrição, não podia ser aplicada nos casos seguintes:

- 1.º) existência de recurso da acusação, provido ou improvido;
- 2.º) inexistência de recurso do réu;
- 3.º) prazo entre a data do fato e a do recebimento da denúncia;
- 4.º) absolvição em primeiro grau e condenação no Tribunal;
- 5.º) pena atenuada em segunda instância.

Essa orientação, segundo informa Nilson Naves, vigorou com certa tranquilidade de meados de 1972 até final de 1974, quando a Excelsa Corte, com dois novos Ministros (Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra), reviveu os debates a respeito do assunto, inclinando-se no sentido liberal⁴.

b) O Anteprojeto de Código Penal. O Código Penal de 1969. A Lei n. 6.016, de 31-12-1973

No Anteprojeto de CP, com a indicação marginal “superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre”, o art. 110, § 1.º, rezava o seguinte: “Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso, se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5.º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente”. Adotava expressamente o sistema da prescrição retroativa pela pena em concreto, sufragada pela Súmula 146 do STF. O Decreto-lei n. 1.004, que instituiu o CP de 1969, em seu art. 111, § 1.º, com a indicação marginal “superveniência

3. *RTJ*, 59:893, citação de Nilson Vital Naves, O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto, *RT*, 472:287; *Justitia*, 88:290.

4. Art. cit., p. 289 e 292, respectivamente.

de sentença condenatória de que somente o réu recorre”, impedia o critério da prescrição retroativa pela pena em concreto: “A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, *daí por diante*, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos” [grifo nosso]. A expressão “*daí por diante*” indicava que a sentença condenatória interrompia o lapso prescricional, que recomeçava a correr regulado pela pena imposta na sentença e não mais pelo máximo da pena em abstrato. A Exposição de Motivos dizia o seguinte: “Em matéria de prescrição, o projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, *daí por diante*, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão” (n. 37).

No Projeto de Lei n. 1.457, de 1973, do Poder Executivo, que apresentou emendas ao CP de 1969, a situação mudou de figura, passando o art. 111, § 1.º, com a indicação marginal alterada (“Superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação”), a ter a seguinte redação: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”. O Min. Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos, esclareceu haver aceito a orientação predominante no STF (Súmula 146), recorrendo aos ensinamentos de Nélson Hungria. Para tanto, suprimiu a expressão “*daí por diante*”, substituindo a exigência “de que somente o réu tenha recorrido” pela de “trânsito em julgado para a acusação”. Segundo ele, “a nova redação dissipava definitivamente dúvida a respeito da necessidade de recurso do réu para obtenção do benefício, que não pode ter relevância em matéria de prescrição. O que importa, em verdade, é que a parte acusatória não tenha recorrido” (n. 14). Aceitou-se o princípio de que a sanção concretizada na sentença, sem possibilidade de agravação diante da inexistência de recurso da acusação, era a sanção *ab initio* justa para o fato praticado pelo agente, revelando-se a pena abstrata muito severa e injusta para regular o prazo prescricional.

Surgiu, então, a Lei n. 6.016, de 31-12-1973, que introduziu alterações no CP de 1969. O seu art. 111, § 1.º, segundo o Min. Alfredo Buzaid, passava a consagrar a prescrição retroativa.

c) A Lei n. 6.416, de 24-5-1977

Em 7-3-1977, o Presidente da República, por intermédio da Mensagem n. 37/77, remeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2, de 1977, alterando dispositivos do CP. Entre as modificações, esclareceu o Min. Armando Falcão, “disciplinou-se o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa

de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-sociais”.

Surgiu, então, a Lei n. 6.416, de 24-5-1977, que alterou o regime da prescrição.

O art. 110 do CP, com as alterações, passou a ter a seguinte redação:

“A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

§ 2.º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia”.

d) Reforma penal de 1984 (antes da Lei n. 12.234, de 2010)

A prescrição retroativa, no regime novo, resultava da combinação das disposições dos §§ 1.º e 2.º do art. 110 do CP e do art. 109.

A prescrição, dizia o § 1.º, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regular-se-ia pela pena aplicada. Por seu turno, rezava o § 2.º que a prescrição, de que tratava o parágrafo anterior, podia ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Precisamente, a instituição da prescrição retroativa estava no último parágrafo.

e) Natureza jurídica

A prescrição retroativa, no regime da reforma penal de 1984, constituía forma de prescrição da pretensão punitiva, possuindo características próprias, configurando exceção à regra de contagem prevista no art. 109 do CP. Enquanto a genuína prescrição da pretensão punitiva é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade, a prescrição retroativa devia ser considerada em face da pena concreta, nos termos da exceção prevista naquele dispositivo.

Tinha por fundamento o princípio da pena justa. Significa que, tendo transitado em julgado a sentença condenatória para a acusação ou improvido o seu recurso, a pena imposta na sentença era, desde a prática do fato, a sanção adequada e justa como resposta penal ao crime cometido pelo sujeito. Daí dever reger os períodos prescricionais entre a consumação do delito

e a publicação da sentença condenatória. Com o advento da Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, contudo, extinguiu-se a prescrição retroativa.

f) Como se conta o prazo prescricional

Desde que transitada em julgado para a acusação, ou improvido o seu recurso, verifica-se o *quantum* da pena imposta na sentença condenatória. A seguir, adapta-se tal prazo num dos incisos do art. 109 do CP. Encontrado o respectivo período prescricional, procura-se encaixá-lo entre dois polos: data do termo inicial, de acordo com o art. 111, e a do recebimento da denúncia (ou queixa), ou entre esta e a da publicação da sentença condenatória, desde que, deve-se frisar, o fato tenha sido praticado até o dia 5 de maio de 2010, porque, se posterior a essa data, não mais terá lugar a prescrição retroativa. Se, v. g., o prazo prescricional couber, contado retroativamente, entre a data em que a sentença condenatória foi publicada e a em que houve o recebimento da denúncia, caberá a extinção da punibilidade, nos termos do revogado § 2.º do art. 110 do CP, aplicado ultrativamente.

Ex.: processado por lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*), o sujeito vem afinal a ser condenado ao mínimo legal, três meses de detenção. A sentença condenatória transita em julgado para a acusação. Apelando ou não o réu, pode ser averiguado se ocorreu a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Suponha-se que a denúncia tenha sido recebida em 4-4-2008, vindo a ser publicada a sentença em 10-5-2010.

A partir da data do cometimento do crime estava correndo um prazo prescricional da pretensão punitiva, regulado pelo máximo da pena abstrata. Como esta é de um ano de detenção (CP, art. 129, *caput*), tal prazo era de quatro anos (CP, art. 109, V). Passados três meses da data do fato, a denúncia foi recebida (4-4-2008). Interrompeu-se o prazo prescricional de quatro anos (CP, art. 117, I). E a partir da data em que a denúncia foi recebida outro prazo de quatro anos começou a correr (CP, art. 117, § 2.º, vigente ao tempo do fato). Pouco mais de dois anos, porém, contados do recebimento da denúncia, foi publicada a sentença condenatória (10-5-2010). Houve nova interrupção do prazo prescricional de quatro anos. No momento em que transitou em julgado a sentença condenatória para o Ministério Público (ou foi improvido o seu recurso), surgiu a possibilidade de ser verificada a ocorrência da prescrição retroativa. E ela realmente ocorreu. Condenado o réu a três meses de detenção, como restou assinalado, o prazo prescricional é de dois anos (patamar anterior à Lei n. 12.234/2010, que o elevou a três). E decorreu o biênio entre a data do recebimento da denúncia (4-4-2008) e a da publicação da sentença condenató-

ria (10-5-2010). Significa que a extinção da punibilidade, pela prescrição retroativa, nos moldes do § 2.º do art. 110 do CP, ocorreu no dia 3-4-2010, dois anos depois do recebimento da denúncia. De modo que a sentença condenatória, quando foi publicada, um mês depois, não tinha, em face da ausência de recurso da acusação, condições de reconhecer a procedência da pretensão punitiva, já extinta. Isso não ocorreria se a sentença condenatória tivesse sido publicada até 3-4-2010. Tal prazo, que antes era regulado pela pena abstrata, transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação, passou a ser disciplinado pela pena concreta.

O prazo prescricional retroativo também pode ser considerado entre a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia ou queixa, nos termos da parte final do § 2.º do art. 110 do CP, com redação anterior à Lei n. 12.234, de 5-5-2010, aplicável ultratativamente (pois sua revogação constitui *novatio legis in pejus*).

g) Princípios

Das disposições dos arts. 109 e 110, §§ 1.º e 2.º, podíamos extrair os seguintes princípios:

- 1.º) a ausência de recurso do réu não impedia a prescrição retroativa;
- 2.º) o prazo retroativo podia ser considerado entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença, não sendo vedada a contagem entre aquela e a da consumação do delito;
- 3.º) podia ser considerada a pena privativa de liberdade reduzida em segunda instância;
- 4.º) a prescrição retroativa era aplicável aos casos de condenação imposta em segunda instância (absolvição em primeiro grau e condenação no Tribunal em face de recurso de ofício e voluntário; condenação em crime de competência originária do Tribunal);
- 5.º) o recurso da acusação, que visava à agravação da pena, impedia a prescrição retroativa, seja do Ministério Público, seja do querelante ou do assistente, desde que provido de modo a alterar o prazo prescricional;
- 6.º) improvido, o recurso da acusação não impedia o princípio retroativo, podendo ser reconhecido pelo Tribunal;
- 7.º) a prescrição retroativa atingia a pretensão punitiva, rescindindo a sentença condenatória e seus efeitos principais e acessórios;
- 8.º) não podia ser reconhecida em primeiro grau (embora nossos tribunais, há alguns anos, já admitissem que o magistrado assim o fizesse, sob

o fundamento de que se tratava de matéria de ordem pública, devendo ser aplicada imediatamente, a qualquer tempo e grau de jurisdição);

9.º) o novo texto (Lei n. 12.234, de 2010), mais gravoso que o anterior, não tem efeito retroativo, restringindo-se aos fatos cometidos a partir do dia 6 de maio de 2010.

h) A Lei n. 12.234, de 5-5-2010, e a extinção da prescrição retroativa

Tema importante em matéria penal, a prescrição integra a segurança jurídica, uma vez que, tendo efeito de extinguir a pretensão punitiva e executória, a interpretação de seus preceitos legais, quando estes não se mostram claros, pode livrar culpados das malhas da Justiça Criminal ou entregar a eles suspeitos ou acusados que deveriam ser liberados da persecução criminal⁵.

Leis malfeitas ferem, além de outros, especialmente os princípios da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade. Quando não são facilmente compreensíveis, admitindo considerações diversas, permitem que fatos idênticos sejam apreciados de maneiras diferentes, com injusta absolvição ou condenação de acusados.

As disposições legais não devem permitir dúvidas, pois os cidadãos têm o direito de saber quais os fatos que configuram crime, a qualidade e a quantidade das penas e o prazo durante o qual o Estado pode persegui-los. Nos últimos tempos, entretanto, se nós, que estudamos Direito Penal há dezenas de anos, temos dificuldade em interpretar as novas leis brasileiras, como exigir que seus destinatários obedeçam aos seus comandos?⁶ Como diz Luis Rodríguez Ramos, “as normas sobre a prescrição penal devem manifestar com clareza a concorrência dos requisitos que a definem e condicionam”⁷.

A Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, modificou o regime da prescrição penal, dispondo:

“Art. 1.º Esta lei altera os arts. 109 e 110 do (...) Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.

Art. 2.º Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

5. Carlos Rey González, *La prescripción de la infracción penal*, Madri, Marcial Pons, 1999, p. 13 e 40.

6. Sobre os destinatários das leis malfeitas: Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § 4.º. Como se vê, a questão das normas mal elaboradas existe há muito tempo.

7. *Compendio de derecho penal*, parte general, Madri, Dykinson, 2009, p. 292, n. 2.

‘Art. 110.’

§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

§ 2.º (Revogado)’.

Art. 3.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4.º Revoga-se o § 2.º do art. 110 do Código Penal”⁸.

A lei nova extinguiu a prescrição retroativa?

De acordo com respeitável interpretação, a modificação operada nos §§ 1.º e 2.º do art. 110 do CP, disciplinando a chamada *prescrição retroativa*, proibiu seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, mas não entre o recebimento e a publicação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. Assim, em parte, ela ainda subsistiria.

Para os partidários dessa orientação, defendida por notáveis doutrinadores, a prescrição retroativa, antes da lei nova, podia ser reconhecida entre o fato e o recebimento da denúncia ou da queixa e também entre este último termo e a publicação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (ou da pronúncia, nos processos do Tribunal do Júri). Com a mudança, afirma essa posição, é vedada a contagem do prazo retroativo no período entre o fato e o recebimento da inicial acusatória (art. 110, § 1.º, parte final, com a nova redação). Significa entender, portanto, que do início da fluência do primeiro lapso temporal, que ocorre a partir da data do fato criminoso até a primeira causa interruptiva, qual seja, o recebimento da denúncia ou da queixa, somente poderia haver prescrição pela pena máxima abstrata, a genuína prescrição da pretensão punitiva. A prescrição retroativa, contudo, ainda seria admissível entre a denúncia ou a queixa e a publicação de sentença, acórdão e pronúncia recorríveis. Além disso, como observa Fernando Capez, a abolição parcial da prescrição retroativa ainda permitiria a forma virtual, contado o prazo “a partir do recebimento da peça inicial acusatória e a publicação da sentença condenatória”⁹.

8. Observação: revogado o § 2.º, o § 1.º deveria ser transformado em parágrafo único.

9. Fernando Capez, *Prescrição retroativa e a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, in Prescrição penal após a Lei n. 12.234, de 5-5-2010*, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 2010, p. 38.

Para nós, entretanto, a Lei n. 12.234/2010 não excluiu somente um período prescricional antecedente por via da desconsideração do prazo prescribente entre o fato e o recebimento da denúncia ou da queixa. Aplicando as interpretações gramatical, teleológica e sistemática, além do elemento histórico e de Política Criminal, e, com isso, alcançando o sentido literal da norma (resultado), estamos seguramente convencidos de que ela *declarou* a extinção integral da prescrição retroativa¹⁰.

Não resta dúvida de que foi esta a *vontade do legislador*, como se vê nos trabalhos preparatórios do Congresso Nacional. Conhecemos a secular prevalência da vontade da lei sobre a de seu autor. Não se despreza, porém, que a *voluntas legislatori* seja apreciada como elemento auxiliar interpretativo¹¹. Como afirmam Ney Fayet Júnior e Karina Brack, ela é “mais um dado no fomento da discussão”¹².

Analisando os novos textos, acreditamos que foi *vontade da lei* expulsar a prescrição retroativa da nossa legislação¹³. Há longo tempo interpretando leis penais, nunca vimos algo semelhante. Cientes da esperteza dos intérpretes na busca de brechas na lei¹⁴, os autores da inovação, agindo com dolo intenso, como dizia o CP em sua redação original, executaram a prescrição retroativa em quatro atos:

1.º) no próprio texto do art. 1.º: “Esta lei altera os arts. (...), *para excluir a prescrição retroativa*” [grifo nosso], como interpretação autêntica;

10. Sobre o valor das interpretações gramatical e lógica e do elemento histórico: René Ariel Dotti, *Curso de direito penal*, parte geral, São Paulo, RT, capítulo VI.

11. José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, Campinas, Bookseller, 1997, v. I, p. 208. Dispõe o art. 9.º, 1, do Código Civil português de 1966, que a interpretação deve reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo.

12. Da interrupção do curso da prescrição penal, *in Prescrição penal – temas atuais e controvertidos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 32, n. 2.2.2.1.

13. Nossa posição não colide com a exposta em outros trabalhos, segundo a qual, no estágio atual da Justiça Criminal brasileira, não seria conveniente extinguir a prescrição retroativa, pois constitui meio de punição da morosidade da entrega da prestação jurisdicional. Justiça rápida não precisa de prescrição retroativa.

14. No Google, buscando “brechas da lei”, encontramos 1.200.000 resultados. Exemplos: “fumantes buscam brechas na nova Lei”; “criminosos ficam impunes por causa de brechas na lei”; “brechas na Lei Seca”; “brechas da lei abrandam as penas”; “brechas da lei auxiliam cibercriminosos” etc. Valter Foletto Santin, fundamentando sua posição sobre o tema, menciona a expressão “brecha jurídica” ao analisar a nova redação do art. 110 do CP (Suspensão do processo por revelia e prescrição, *in Prescrição após a Lei n. 12.234, de 5-5-2010*, ob. cit., p. 50).

2.º no art. 110, § 2.º (onde consta sua revogação);

3.º no art. 4.º (repete a revogação do § 2.º); e

4.º no art. 109, *caput*, suprimindo a anterior expressão “salvo o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 110 deste Código” [grifo nosso].

Sem esquecer a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, que disciplina a elaboração legislativa, não há dúvida a respeito da intenção legislativa da inovação: dispôs quatro vezes sobre a vontade de extinguir a prescrição retroativa. Esse detalhe não é comum, pois normalmente as leis mencionam o seu objetivo somente na ementa, não em seus dispositivos de comando. Na ementa, o legislador diz a que se propõe a lei; nesta, consta o proposto. Em matéria penal, diríamos que na ementa encontramos o elemento subjetivo do tipo (o antigo dolo específico); no texto, a ação. E não ficou só na vontade, como veremos.

Antes da lei nova, o art. 110 dispunha:

“§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”.

Tínhamos, nessa norma, a chamada prescrição superveniente. Ocorre que o § 2.º do mesmo artigo, considerado fonte legal da prescrição retroativa¹⁵, dispunha: “A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”.

Apresentavam-se, nesses dois parágrafos *supra*, duas espécies de prescrição:

1.ª) a superveniente (§ 1.º); e

2.ª) a retroativa (§ 2.º c/c o § 1.º).

O § 1.º, considerado isoladamente, só previa a prescrição superveniente. De ver-se que, em face da remissão a ele feita pelo § 2.º, este, fonte da prescrição retroativa, passou a condicionar sua existência àquele. Para nós, diante da lei nova, como o § 2.º do art. 110 foi revogado, desapareceu a forma retroativa, restando somente três formas de prescrição penal em nossa legislação:

15. O referido § 2.º sempre foi considerado a origem legal da prescrição retroativa (Válter Kenji Ishida, Primeiras reflexões sobre a prescrição retroativa e a novíssima Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, in *Prescrição penal após a Lei n. 12.234, de 5-5-2010*, ob. cit., p. 16, III). O legislador, em hipótese de norma remissiva, aproveitou parte da disciplina da prescrição superveniente (*para frente*) ao editar a retroativa (*para trás*).

- 1.^a) a que atinge a pretensão punitiva (art. 109);
- 2.^a) a da pretensão executória (art. 110, *caput*); e
- 3.^a) a superveniente ou intercorrente (art. 110, § 1.º, primeira parte).

A forma retroativa não sobreviveu (por inteiro). A não ser assim, mostra-se estranho que a lei nova a permita num período e a proíba em outro. Como dissemos, a nós causaria surpresa se a lei nova continuasse a punir com a prescrição retroativa a desobediência ao princípio constitucional da duração razoável do *processo*, de cunho garantista e fundado na proporcionalidade e no respeito à dignidade humana¹⁶, e não castigasse a demora da ação persecutória na fase *policia*¹⁷.

Possuindo natureza de coibir a morosidade da persecução penal, impondo como sanção a extinção da punibilidade, cremos fora de propósito que se punisse a lentidão na fase processual e não a penalizasse entre o fato e a denúncia ou a queixa. Qual a conveniência em permitir uma só forma de prescrição durante a investigação, qual seja, a da pretensão punitiva pela pena em abstrato, e admitir três durante o processo (a da pretensão punitiva propriamente dita, a retroativa e a virtual)? Onde, no vigente § 1.º do art. 110, consta que a pena concreta, na ausência de recurso da acusação ou desprovido seu recurso, possui efeito retroativo? Sabido que a prescrição retroativa se encontrava no antigo § 2.º do art. 110, revogado este, desapareceu aquela. Em nenhum momento, nos arts. 109 e 110 do CP, há referência à retroatividade da pena concreta. Na primeira parte do § 1.º do art. 110 encontramos somente permissão à prescrição superveniente. A segunda parte da disposição, conforme cremos, não autoriza a compreensão de que se admite a prescrição retroativa parcial.

Entender que ainda é possível a prescrição retroativa no período entre o recebimento da denúncia ou da queixa e a publicação da sentença, sendo proibida entre a data do fato e a do recebimento da acusação formal, é infringir o princípio constitucional da proporcionalidade. A aceitar-se, será permitir flagrante desproporção na consideração dos períodos prescricionais de igual extensão temporal.

Na interpretação, ensinava Heleno Cláudio Fragoso, o elemento sistemático é também valioso e deve ser levado em conta. Como o ordenamento

16. Guillermo J. Jacobucci, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 353, § 50 (“Proporcionalidad y duración del proceso”).

17. Sobre o assunto: Rogério Sanches Cunha, Lei n. 12.234/10: considerações iniciais, in *Prescrição após a Lei n. 12.234, de 5-5-2010*, ob. cit., p. 31.

jurídico constitui um todo unitário, a disposição a ser interpretada deve ser posta em correlação com as outras que com ela se relacionam¹⁸, de modo a não prejudicar a harmonia do ordenamento legal.

A crença de que a forma retroativa sobreviveu, embora parcialmente, causaria sérias dúvidas de interpretação em outras normas do nosso “sistema de prescrição penal”, como:

1. Transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação ou desprovido seu recurso, como a pena não pode mais ser aumentada, a concreta substitui a abstrata, verificando-se o prazo prescricional retroativo entre os termos fato-recebimento da denúncia ou da queixa e recebimento da denúncia ou da queixa-sentença. Isso quer dizer que, adotada a orientação liberal, o prazo entre o fato e a sentença, que antes era válido para a prescrição da pretensão punitiva, não o seria para a retroativa (art. 111, I, do CP).

2. Nos termos do art. 117, I, do CP, a prescrição se interrompe pelo recebimento da denúncia ou da queixa. Acatada a orientação benéfica, concluir-se-ia que na prescrição retroativa esse termo não é interruptivo e sim *a quo*.

3. À vista do art. 117, § 1.º, primeira parte, no concurso de pessoas, entendida parcialmente sobrevivente a forma retroativa, como ficaria a questão da comunicabilidade da interrupção da prescrição entre os concorrentes?

4. A aceitar-se a tese liberal, suponha-se um crime de lesão corporal leve cometido na vigência da Lei n. 12.234/2010, podendo ocorrer a prescrição da pretensão punitiva em quatro anos. Três anos e meio depois do fato é recebida a denúncia, interrompendo-se o prazo (de quatro anos); três anos e meio após o recebimento da denúncia, vem o réu a ser condenado no mínimo legal, três meses de detenção, não recorrendo a acusação ou vindo a ser improvido seu recurso. Nesse caso, o prazo prescricional, que era de quatro anos (art. 109 do CP), passa a ser de três, nos termos do art. 109, VI, alterado pela referida lei. Como decorreram mais de três anos entre a denúncia e a sentença, seria caso de aplicação da prescrição retroativa. A adoção dessa orientação mostra que entre o fato e o recebimento da denúncia não poderia ser reconhecida a prescrição retroativa, mas nada impede sua declaração entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória. Existe razão para a distinção?

18. *Lições de direito penal*, a nova parte geral, Rio de Janeiro, Forense, 8. ed., 1985, p. 85, n. 76.

Qual, então, o motivo da proibição contida na parte final do § 1.º do art. 110? Haveria fundamento para a nova lei somente impedir a consideração do prazo retroativo antes da denúncia ou da queixa? Apresentando-se dois períodos prescricionais, não se poderia interpretá-la no sentido de que, coibindo a forma retroativa no primeiro, estar-se-ia admitindo seu reconhecimento no segundo? Pensamos que o texto não foi editado especialmente para obstruir a prescrição retroativa, o que já o fizera em outras partes da lei, especialmente revogando a sua fonte, o § 2.º do art. 110. Para nós, o referido parágrafo (§ 1.º), em sua parte final, não pretendeu tratar da prescrição retroativa e sim de sua variante doutrinária e jurisprudencial, a virtual. A lei nova quis estender a vedação da forma *mater* à sua vertente, a chamada prescrição “virtual” ou “projetada”, adotada no passado pela chefia do Ministério Público de São Paulo¹⁹, a qual já havia sido proibida pela Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça²⁰.

Enquanto a prescrição retroativa exige sentença ou acórdão condenatórios²¹, a virtual ou antecipada os dispensa. Nesta, em face dos elementos contidos nos autos, a acusação, considerando que a prescrição retroativa irá ocorrer, desde logo, antes da denúncia, a requer. Supõe-se, sem o devido processo legal, em perspectiva, a condenação do réu e qual a pena a ser aplicada (pena presumida, hipotética), atitude em flagrante contradição com a Constituição Federal. Era a interpretação que a norma permitia antes da lei nova. Diante da desconfiança de que, sob diverso fundamento, como o da falta de justa causa para a ação penal²², ainda se entendesse admissível

19. Decisão do então Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo publicada no *Diário Oficial* de 25 de novembro de 1994, p. 54, acolhendo pedido de arquivamento de inquérito policial com base na prescrição virtual e falta de justa causa para a ação penal. Não é, entretanto, a orientação atual da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo (André Estefam, *Direito penal*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 475). Há no Congresso Nacional dois projetos de lei introduzindo a prescrição virtual no CP (informação de Nadir de Campos Júnior, Prescrição virtual para desafogar o Judiciário: inaplicabilidade, in *Prescrição após a Lei n. 12.234, 5-5-2010*, ob. cit., p. 3).

20. Súmula 438 do STJ: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

21. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Questões penais*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 194; Damásio de Jesus, *Prescrição penal*, São Paulo, Saraiva, 19. ed., 2010, p. 155 e 163.

22. No tema da prescrição virtual, no sentido da falta de justa causa para a ação penal como razão de pedir: Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto, *Código Penal comentado*, Rio de Janeiro, Renovar,

levar-se em conta a morosidade da prestação jurisdicional durante o prazo entre o fato e a denúncia ou a queixa para a declaração do encerramento da persecução penal, a lei quis deixar claro que também não a acolhe *por qualquer razão*. Por isso mencionou “não podendo, *em nenhuma hipótese...*” [grifo nosso].

O § 1.º do art. 110, em sua primeira parte, menciona que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. Por que, então, diz que a pena concreta não pode, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da *denúncia* ou da *queixa* e não a data do *recebimento* dessas peças, sabido que somente este interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva (CP, art. 117, I)?

Ao adotar a tese benéfica de que o recebimento da denúncia ou da queixa interrompe o prazo prescricional, o intérprete teria que aceitar o erro da lei em desconhecer a existência de efeito diverso, em matéria de prescrição, entre seu oferecimento e seu recebimento. Não houve, contudo, erro do legislador nem da lei. Ocorre que não mais se permite à acusação obter, com fundamento na prescrição virtual, o arquivamento de inquérito policial *antes da denúncia* ou da *queixa*. Por isso, a norma mencionou somente denúncia e queixa, não desconhecendo o legislador os efeitos da distinção entre seu “oferecimento” e seu “recebimento”.

A nova disciplina, disposta em *novatio legis in pejus*, não se aplica aos fatos cometidos antes da entrada em vigor da Lei n. 12.234/2010, que ocorreu no dia 6 de maio (CF, art. 5.º, XL; CP, art. 2.º, parágrafo único).

9. ESPÉCIES DE PENAS E PRESCRIÇÃO

De acordo com o art. 118 do CP, as penas mais leves prescrevem com as mais graves. As penas mais leves são a multa e as penas restritivas de direitos.

Assim, quer se trate de prescrição da pretensão punitiva ou executória, a multa e as penas restritivas de direitos seguem a sorte das penas privativas de liberdade. Quanto à pena pecuniária, como se verá, quando é a única

7. ed., 2007, p. 318. Veja também: Afonso Jawsnicker, *Prescrição penal antecipada*, p. 28, citado por René Ariel Dotti, ob. cit., p. 773; e Jawsnicker, mesmo título, *Consultor Jurídico*, 25 de abril de 2010.

abstratamente imposta, ou a única aplicada, ou é a que ainda resta a cumprir, tem disciplina própria (CP, art. 114).

O disposto no art. 118 é inaplicável ao concurso de crimes, devendo a prescrição ser regulada pela pena de cada um, considerado isoladamente (CP, art. 119).

10. TERMOS INICIAIS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Consoante o que dispõe o art. 111 do CP, a prescrição da pretensão punitiva (antes de transitar em julgado a sentença final) começa a correr:

- a) do dia em que o crime se consumou;
- b) no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
- c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
- d) nos de bigamia (art. 235) e nos de falsificação ou alteração de assentamento de registro civil (art. 299, parágrafo único), da data em que o fato se tornou conhecido.

O primeiro termo *a quo* é a data da consumação do delito. Suponha-se um crime de homicídio em que a atividade do sujeito tenha sido realizada em janeiro, ocorrendo a morte da vítima no dia 5 de maio. A prescrição da pretensão punitiva começa a correr a partir de 5 de maio, dia da consumação. Constitui exceção à adoção da teoria da atividade no problema do *tempus delicti*. Em regra, tempo do crime é o do momento da conduta do sujeito. Excepcionalmente, na prescrição, adota-se a teoria do resultado.

Nos crimes omissivos próprios o termo inicial ocorre na data em que o sujeito deixa de realizar a conduta penalmente exigida. Nos impróprios, na data da produção do resultado.

Nos crimes de mera conduta a prescrição começa a correr a partir da data da prática do comportamento.

No delito formal o momento consumativo coincide com a realização do ato típico imediatamente anterior à produção do resultado visado pelo sujeito. Assim, no crime de extorsão (CP, art. 158) a consumação ocorre com o comportamento da vítima, de fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça alguma coisa.

No crime preterdoloso (qualificado pelo resultado) o termo *a quo* é o dia em que ocorre o resultado.

No crime culposo o *dies a quo* é o da ocorrência do resultado.

No caso de tentativa, o termo *a quo* da prescrição da pretensão punitiva é o dia da cessação da atividade criminosa. Suponha-se que o sujeito cometa tentativa de estelionato, empregando fraude em dias seguidos. A prescrição começa a correr do último dia em que o sujeito realizou atos de execução.

No crime permanente a prescrição começa a correr do dia em que cessou a permanência (CP, art. 111, III, 1.^a figura). Suponha-se que a vítima de sequestro (CP, art. 148) permaneça presa durante trinta dias. A prescrição começa a correr a partir do dia em que conseguiu a liberdade.

E se, iniciada a ação penal, subsiste a lesão do bem jurídico?

Suponha-se que o autor de abandono material (CP, art. 244) persista na omissão criminosa mesmo depois de iniciada a ação penal. Começa a correr a prescrição?

Entendemos que enquanto não cessa a conduta criminosa do sujeito não começa a correr a prescrição.

No delito habitual, a prescrição tem início na data da prática do último ato delituoso.

No crime continuado, a prescrição deve ser considerada em relação a cada crime, isoladamente (CP, art. 119).

Nos crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento de registro civil (CP, arts. 235 e 299, parágrafo único), a prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido de qualquer autoridade pública (CP, art. 111, IV). Tal princípio se estende aos crimes dos arts. 241 e 242 do CP. Não se exige que o prazo tenha início na data em que formalmente a autoridade tomou conhecimento da prática criminosa, como, v. g., por intermédio de notícia direta de qualquer do povo. É suficiente o conhecimento presumido do fato por parte da autoridade pública, com fundamento no uso ostensivo do documento.

Na contagem do prazo, deve ser atendido ao disposto no art. 10, 1.^a parte, do CP, incluindo-se o dia do começo. Assim, um prazo prescricional de dois anos, iniciando-se em 4-4-1981 (data do recebimento da denúncia, p. ex.), terminará no dia 3-4-1983, às 24h.

11. TERMOS INICIAIS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Dispõe o art. 112 do CP que a prescrição da pretensão executória começa a correr:

a) do dia em que passa em julgado a sentença condenatória para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Transitando em julgado a sentença condenatória para o órgão da acusação, começa a correr a prescrição, não se exigindo que o réu seja intimado. Cumpre observar: a prescrição da pretensão executória depende de uma condição, a de haver transitado em julgado a sentença condenatória para a acusação e defesa. Satisfeita a condição, entretanto, na contagem do prazo leva-se em conta a data em que transitou em julgado para a acusação.

Revogada a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, a consequência é a de o condenado cumprir a pena que está suspensa (*sursis*) ou o restante da pena (livramento condicional). Enquanto a pena não é executada, a prescrição está correndo, tendo o seu termo *a quo* a partir da data do trânsito em julgado da sentença revocatória.

Interrompida a execução da pena pela fuga do condenado, inicia-se a contagem do prazo prescricional da pretensão executória (art. 112, II, 1.^a parte). Nos casos dos arts. 41 e 42 do CP (superveniência de doença mental ou internação em hospital), em que se aplica o princípio da detração penal, embora interrompida a efetiva execução da pena, não corre prescrição (art. 112, II, 2.^a parte).

Na contagem do prazo, aplica-se o art. 10, 1.^a parte, do CP, incluindo-se o dia do começo. Ex.: prazo de dois anos de prescrição iniciado em 4-7-1981 (data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, p. ex.) terminará no dia 3-7-1983, às 24h.

12. PRESCRIÇÃO NO CASO DE EVASÃO DO CONDENADO OU DE REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena (CP, art. 113).

Suponha-se que o detento fuja faltando seis meses para o cumprimento da pena. A partir da data da fuga começa a correr a prescrição da pretensão executória (art. 112, II, 1.^a parte), ocorrendo em dois anos (art. 109, VI).

Imagine-se que seja revogado o livramento condicional, faltando um ano para o término do período de prova, em face de condenação irreversível por crime praticado antes de sua vigência (arts. 86, II, e 88). A partir do

trânsito em julgado da sentença revocatória começa a correr a prescrição da pretensão executória (art. 112, I, última figura), ocorrendo em quatro anos (art. 109, V).

13. MULTA

O antigo art. 114 do CP rezava que a prescrição decorria em dois anos quando a pena de multa era a única cominada, a única aplicada ou a que ainda não tinha sido cumprida. Previa os seguintes casos, ocorrendo a prescrição, quer da pretensão punitiva, quer da pretensão executória, sempre em dois anos: 1.º — multa como única sanção abstratamente cominada, como em algumas hipóteses de contravenção; 2.º — multa como única sanção imposta na sentença condenatória; 3.º — pena de multa que ainda não havia sido cumprida (pena detentiva cumprida; multa ainda não paga). A redação do art. 114, dada pela Lei n. 9.268/96, prevê cinco casos de prescrição da pretensão punitiva e executória da multa: 1.º — multa como única pena abstratamente cominada: prescrição em dois anos (inc. I, 1.ª parte); 2.º — multa como única pena imposta na sentença condenatória: prescrição em dois anos (inc. I, 2.ª parte). O princípio somente incide sobre a prescrição da pretensão punitiva interrompida pela sentença que só impôs multa (CP, art. 117, IV) e a prescrição superveniente à sentença condenatória (CP, art. 110, § 1.º). Inexiste prescrição da pretensão executória *penal* da multa, uma vez que, transitando em julgado a sentença condenatória, o seu valor deve ser inscrito como dívida ativa da Fazenda Pública, deixando a execução de apresentar natureza penal. Assim, a prescrição obedece ao art. 144, *caput*, do CTN, e não ao CP; 3.º — multa cominada alternativamente com pena privativa de liberdade: prazo igual ao estabelecido para a prescrição da pretensão relativa à pena detentiva (inc. II); 4.º — multa cominada cumulativamente com pena detentiva: prazo igual ao da pena privativa de liberdade (inc. II); 5.º — multa imposta na sentença condenatória juntamente com pena detentiva: prazo igual ao da sanção privativa de liberdade (inc. II). Inexiste a hipótese de prescrição da pretensão executória pela razão já apontada. As hipóteses de cumulação ou alternância abstrata da pena pecuniária com a detentiva, no tocante à prescrição da pretensão punitiva, já estavam disciplinadas no art. 118 do CP: “As penas mais leves prescrevem com as mais graves”. Penas mais leves são a multa e as restritivas de direitos. De modo que a inovação era desnecessária, uma vez que a Lei n. 9.268 não revogou o art. 118 do CP.

Se o sujeito era, ao tempo da prática da infração penal, menor de 21 ou maior de 70 anos de idade, na data da sentença, o prazo do art. 114 deve ser reduzido à metade (art. 115), ocorrendo a prescrição em um ano.

A reincidência não aumenta o prazo prescricional em relação à multa, sendo inaplicável o disposto no art. 110, *caput*, parte final, uma vez que ele se refere ao art. 109, que trata somente da pena privativa de liberdade.

14. REDUÇÃO DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO EM FACE DA IDADE DO SUJEITO

O art. 115 do CP determina que são reduzidos de metade os prazos da prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 ou maior de 70 anos na data da sentença. Em relação ao menor nenhuma influência tem a emancipação civil, não afastando a redução do prazo.

A disposição é aplicável aos prazos prescricionais dos arts. 109, 110 e 113. Tratando-se de coautoria ou participação, a redução é incommunicável.

Em relação ao menor, qual foi a teoria adotada pelo CP no tocante ao *tempus delicti*? A da atividade, a do resultado ou a mista?

O CP apenas fala em “tempo do crime”.

Creemos que deve ser levada em conta a idade do agente no momento da execução do crime (teoria da atividade). Assim, tratando-se de crime de homicídio, se o sujeito, antes de completar 21 anos, fere a vítima, vindo esta a falecer depois de ele completar a maioridade, o lapso prescricional deve ser reduzido de metade.

A redução do prazo prescricional não é afastada quando o sujeito, tendo praticado o crime antes de completar 21 anos de idade, alcança a maioridade durante a persecução penal.

Havendo reincidência reconhecida na sentença, ao prazo prescricional da pretensão executória, reduzido de metade, deve incidir o aumento previsto no art. 110, *caput*, *in fine*, do CP.

O art. 115 é aplicável às contravenções penais.

15. CAUSAS SUSPENSIVAS DA PRESCRIÇÃO

Nos termos do art. 116 do CP, “antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I — enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II — enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único. Depois de passar em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”.

A disposição prevê as causas impeditivas ou suspensivas da prescrição, distintas das causas interruptivas (art. 117). Na suspensão da prescrição o tempo decorrido antes da causa é computado no prazo; na interrupção, o tempo decorrido antes da causa não é computado no prazo, que recomeça a correr por inteiro. Em outros termos: cessado o efeito da causa suspensiva, a prescrição recomeça a correr, computando-se o tempo decorrido antes dela; interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr por inteiro.

Nos termos do art. 116, I, a prescrição não corre enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime (questão prejudicial, tratada nos arts. 92 a 94 do CPP). Suponha-se que o sujeito esteja sendo processado por crime de bigamia. Diz o art. 235, § 2.º, do CP, que “anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime”. Bigamia é o fato de “contrair alguém, sendo casado, novo casamento” (art. 235, *caput*). Anulado o primeiro casamento, não subsiste o crime. O mesmo ocorre quando é anulado o novo casamento, em relação ao qual se pretende existir o delito, desde que por motivo que não a bigamia. Suponha-se que durante a ação penal o réu ingresse no juízo cível com uma ação de nulidade do primeiro casamento. O juiz criminal deve sobrestar o andamento do processo até que seja resolvida a questão da validade ou nulidade do primeiro matrimônio. Anulado o casamento, não subsiste a bigamia. Julgada improcedente a ação civil, tem prosseguimento a ação penal. Quanto à prescrição, aplica-se o disposto no art. 116, I: a prescrição não corre enquanto não resolvida, no processo civil, a questão de que depende o reconhecimento da existência do crime de bigamia (validade do primeiro casamento). Enquanto a ação penal estiver sobrestada não terá curso o prazo prescricional. Julgada improcedente a ação civil, a ação penal terá prosseguimento. Suponha-se que, antes do sobrestamento da ação penal, já tivessem decorrido dois anos do prazo da prescrição da pretensão punitiva, ficando paralisada durante um ano (a ação civil de nulidade do casamento foi definitivamente julgada improcedente depois de um ano da paralisação da ação penal). Terminado o prazo suspensivo, a prescrição recomeça a correr, levando-se em conta os dois anos já decorridos antes da suspensão.

A segunda causa suspensiva é prevista no art. 116, II: antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. Se o agente está cumprindo pena no estrangeiro, não pode ser extraditado, motivo pelo qual é justo que não corra o prazo

prescricional da pretensão punitiva. Não impede o decurso do prazo prescricional, entretanto, estar o sujeito cumprindo pena, em razão de outro processo, no Brasil.

A terceira causa suspensiva é prevista no art. 116, parágrafo único: “depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”. Suponha-se que o sujeito seja condenado em duas comarcas, iniciando o cumprimento da pena imposta na ação penal de uma delas. Enquanto está cumprindo pena não corre a prescrição da pretensão executória em relação à outra condenação.

A CF/88, em seu art. 53, §§ 3.º a 5.º (com redação da EC n. 35/2001), contém outro caso de suspensão da prescrição da pretensão punitiva: cuida-se da aprovação pela Câmara Federal ou pelo Senado de resolução suspendendo o andamento da ação penal contra Deputado federal ou Senador no STF. De acordo com o Texto Maior, recebida a denúncia contra o parlamentar federal, por crime cometido após a diplomação, o STF dará ciência à Casa Legislativa respectiva, a qual, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá sustar o andamento da ação. Sendo aprovada a citada resolução, suspende-se o processo e a prescrição até o término do mandato.

O legislador ordinário criou mais duas causas suspensivas da prescrição:

1.ª) A Lei n. 9.099, de 26-9-1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, em seu art. 89, § 6.º, determina que não corre o curso da prescrição da pretensão punitiva durante a suspensão condicional do processo.

2.ª) A Lei n. 9.271, de 17-4-1996, que alterou a redação do art. 366 do CPP, prevê a suspensão da prescrição da pretensão punitiva durante a suspensão do processo, quando o réu, citado por edital, não comparece nem constitui defensor. De ver que esta causa suspensiva do lapso prescricional mantém-se mesmo com a entrada em vigor da Lei n. 11.719, de 20-6-2008, que alterou, entre outras coisas, a disciplina da citação no processo penal.

No caso do art. 152 do CPP, que trata da superveniência de doença mental em relação à prática da infração penal, em que a ação é sobrestada até seu restabelecimento, não há suspensão do curso prescricional, o que seria inútil em face do art. 41 do CP. Durante a execução da pena privativa de liberdade, entretanto, vindo a ser internado o condenado em manicômio ou hospital, não corre a prescrição, uma vez que a sanção está sendo executada.

16. CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO

Dispõe o art. 117 do CP:

“O curso da prescrição interrompe-se:

I — pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II — pela pronúncia;

III — pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV — pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (redação dada pela Lei n. 11.596, de 29-11-2007);

V — pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI — pela reincidência.

§ 1.º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2.º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção”.

A incidência das causas do art. 117, salvo a do inciso V, faz com que seja extinto o prazo decorrido antes da interrupção, recomeçando a correr a prescrição por inteiro (§ 2.º). Tratando-se de interrupção da prescrição pelo início ou continuação do cumprimento da pena (inc. V), é claro que o prazo prescricional não recomeça a correr, pois se cuida de sanção que está sendo executada.

A primeira causa interruptiva é o recebimento (e não o oferecimento) da denúncia ou da queixa (inc. I), peças iniciais da ação penal (pública e privada, respectivamente — CPP, arts. 24, 30, 33 e 41). Suponha-se que o sujeito tenha praticado um crime de lesão corporal leve, cuja pena máxima é de um ano de detenção. O prazo da prescrição da pretensão punitiva é de quatro anos (CP, art. 109, V), iniciando-se na data da consumação (art. 111, I). Suponha-se que a denúncia seja recebida um ano e seis meses depois do fato. Já decorreu o prazo de um ano e seis meses da prescrição da pretensão punitiva. O recebimento da denúncia, porém, interrompe o prazo prescricional, recomeçando a correr a prescrição da pretensão punitiva por inteiro, *i. e.*, a partir da data do recebimento da peça inicial da ação penal pública começa de novo a correr o prazo de quatro anos, não se levando em conta o tempo de um ano e seis meses já decorrido antes da interrupção. A prescrição se interrompe na data da publicação do despacho de recebimento da denúncia ou queixa, *i. e.*, na data em que o escrivão recebe o processo do juiz com o despacho.

No caso de ratificação da denúncia no Juízo competente, a interrupção da prescrição ocorre no segundo recebimento.

Se o juiz rejeita a denúncia ou a queixa, vindo uma ou outra, em face de recurso da acusação, a ser recebida pelo Tribunal, a interrupção da prescrição ocorre na data do julgamento proferido em sessão.

O aditamento da denúncia só interrompe o prazo prescricional quando descreve fato novo, observando-se que a interrupção só se refere a este, não ao crime anteriormente descrito.

A pronúncia também interrompe a prescrição (art. 117, II). Nas ações penais por crime da competência do Júri, “o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” (CPP, art. 413, *caput*, com redação dada pela Lei n. 11.689, de 9-6-2008). Significa que o juiz determina seja o réu julgado pelo Tribunal do Júri. A decisão do juiz tem força de interromper o curso da prescrição, ainda que o réu venha a ser absolvido no Júri (*RT*, 513:427), ou que ocorra a desclassificação para crime não doloso contra a vida em Plenário (Súmula n. 191 do STJ). Se o réu recorre da pronúncia e o Tribunal a confirma, o Acórdão também interrompe a prescrição (CP, art. 117, III), o mesmo ocorrendo quando é impronunciado (art. 414, *caput*) ou absolvido sumariamente (CPP, art. 415) e o Tribunal o pronuncia.

A sentença que, na fase do art. 413 do CPP, desclassifica o crime para outro, também da competência do Júri, interrompe o prazo prescricional. Se, entretanto, a desclassificação é feita para crime da competência do juiz singular (CPP, art. 419), não há interrupção.

O art. 117, IV, do CP, com redação da Lei n. 11.596, de 29-11-2007, determina que a prescrição se interrompe pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. A interrupção ocorre na data da publicação da sentença, *i. e.*, no dia em que o escrivão recebe a sentença do juiz e a junta aos autos, independentemente do registro e de outras diligências. Assim, se o escrivão, antes de lavrar o termo de publicação da sentença, realiza atos como expedição do mandado de prisão, lançamento do nome do réu no rol dos culpados etc., esta é a data que vigora para fins de interrupção da prescrição.

O inciso IV da disposição dizia constituir causa interruptiva da prescrição a “sentença condenatória recorrível”. Já entendíamos, consoante se podia ver nas edições anteriores desta obra, que o CP empregava o termo “sentença condenatória” no sentido de “decisão”, não havendo, pois, diferença entre aquela e “acórdão condenatório”. A citada Lei aperfeiçoou a

redação do dispositivo, embora não tenha acarretado modificação substancial. Vale dizer que, desde antes da Lei n. 11.596/07, constituem causas interruptivas do prazo da prescrição da pretensão punitiva a publicação da sentença condenatória recorrível ou do acórdão condenatório sujeito a recurso (entendido como tal o que condena o réu depois de reformar a sentença absolutória de primeiro grau).

Em nosso sentir, o acórdão *confirmatório* da condenação (aquele que ratifica condenação proferida em primeira instância, ainda que modifique a pena imposta) continua não constituindo causa interruptiva do lapso prescricional²³.

Registre-se que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão se mostra controvertida, havendo Ministros sustentando que a Lei n. 11.596/07 criou nova causa interruptiva (qual seja, o acórdão *confirmatório* da condenação proferida em primeiro grau), e outros com ponto de vista semelhante ao que nós sustentamos. No sentido da criação da nova causa interruptiva: Ministro Marco Aurélio de Mello. Em sentido contrário: Ministro Ricardo Lewandowski (*vide* HC n. 92.340, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18-3-2008, *Informativo STF* n. 499).

E se a sentença condenatória vier a ser reformada pelo Tribunal, que absolve o réu?

Ainda assim ela persiste com seu efeito de interromper a prescrição. Dessa forma, embora haja interposição de recurso extraordinário do acórdão, o prazo prescricional segue sendo contado da data da publicação da decisão condenatória de primeiro grau.

A sentença que concede o perdão judicial, sendo condenatória, também interrompe o prazo prescricional. Assim, apelando o Ministério Público em busca da efetiva aplicação da pena, o prazo prescricional, a partir da publicação da sentença, é regulado pela pena abstrata.

O acórdão condenatório, ainda que não unânime, e por isso sujeito a embargos infringentes, também interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva. Isso ocorre quando, tendo sido absolvido em primeiro grau, o réu vem a ser condenado pelo acórdão do Tribunal. Trata-se de acórdão recorrível.

23. Nesse sentido: Jayme Walmer de Freitas, Lei n. 11.596/2007: o legislador e seus equívocos sem fim, São Paulo, Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr. 2008, disponível em: <www.damasio.com.br>.

O acórdão que mantém a sentença condenatória interrompe a prescrição da pretensão punitiva?

A hipótese é a seguinte: o réu é condenado em primeiro grau. A prescrição é interrompida pela sentença condenatória recorrível. Interpõe recurso de apelação. O Tribunal mantém a decisão de condenação. O acórdão do Tribunal, que manteve a decisão condenatória, interrompe a prescrição?

Não, uma vez que a hipótese não se encontra prevista no art. 117, que contém enumeração taxativa, não podendo ser ampliada. Enquanto no caso da pronúncia o CP prevê sua confirmação como causa interruptiva, silencia a respeito do acórdão confirmatório da sentença condenatória. Por isso, não podendo o texto ser estendido, a prescrição da pretensão punitiva não encontra obstáculo quando a decisão de primeiro grau vem a ser confirmada na instância superior.

O ato processual anulado (recebimento da denúncia ou queixa, sentença condenatória, pronúncia etc.) não interrompe o prazo prescricional. Nulo, não pode produzir o efeito de interromper prazo extintivo da punibilidade.

A interposição de recurso extraordinário não impede ou interrompe o decurso do prazo prescricional.

Só interrompe o prazo prescricional a condenação *recorrível*. Em face disso, não produz efeito interruptivo o acórdão condenatório proferido pelo STF nas ações penais de sua competência originária, uma vez que ele é irrecorrível.

O inciso V trata do início ou continuação do cumprimento da pena, que também interrompe o lapso prescricional da pretensão executória. Iniciando-se o prazo da prescrição da pretensão executória com o trânsito em julgado da sentença condenatória, interrompe-se pelo começo do cumprimento da pena. Fugindo o condenado, a prescrição começa a correr da data da fuga (art. 112, II, 1.^a parte), regulando-se pelo tempo que resta da pena (art. 113). Recapturado, interrompe-se a prescrição. Essas causas somente interrompem o prazo prescricional da pretensão executória quando a sentença condenatória já transitou em julgado para acusação e defesa. Caso ainda caiba recurso da defesa, não há interrupção. Ex.: condenado o réu e cumprindo o mandado de prisão ele apela. Foge e é recapturado. O início e a continuação da execução da pena não interrompem a prescrição.

Tratando-se de multa paga em prestações, a satisfação da primeira parcela interrompe o prazo prescricional da pretensão executória. Cessada a execução pelo inadimplemento, novo prazo recomeça a correr.

A reincidência também interrompe a prescrição (art. 117, VI). A reincidência que interrompe a prescrição é representada pela nova sentença condenatória proferida contra o agente ou pelo novo crime por ele praticado?

Existem duas orientações:

1.^a) *O lapso prescricional da pretensão executória (prescrição da condenação) é interrompido pela prática do novo crime e não pela sentença condenatória com trânsito em julgado que o reconhece.*

O art. 158, III, do Projeto Sá Pereira previa a interrupção da prescrição da prestação executória (prescrição da condenação) pela prática de novo crime, seguindo os Códigos uruguaio (art. 121) e argentino (art. 109). O CP vigente, porém, empregou a expressão “reincidência” como causa interruptiva da prescrição (art. 117, VI), daí derivando interpretações diferentes quanto ao seu significado. Para essa corrente, a interrupção da prescrição ocorre na data do novo crime praticado após sentença condenatória irrecorrível em razão de crime anterior. Se a recidiva surge quando o agente pratica novo delito após sentença firme proferida em relação a um crime anterior, a expressão “reincidência” empregada pelo Código não pode indicar outra coisa a não ser que a interrupção se dá com a prática do novo crime e não com a nova sentença com trânsito em julgado. “Se de reincidência só se pode falar após a nova condenação, certo é, entretanto, que o núcleo dela está no fato praticado, não no seu julgamento, que apenas o reconhece e qualifica”. “É preciso, sem dúvida, que a nova ocorrência seja havida, por sentença definitiva, como criminosa, para que se fale em reincidência. Mas não é preciso que essa sentença exista antes do vencimento da prescrição em curso. Seus efeitos retrotraem à data do fato...” (RCrim 72.181 — São Paulo, 2.^a Câ. Crim. do TJSP, em 27-11-1961, v. un., Rel. Des. Acácio Rebouças)²⁴.

Essa interrupção, porém, “ficará condicionada à efetiva condenação do réu; se este vier a ser absolvido, evidentemente não houve reincidência e, consequentemente, não foi interrompido o prazo da prescrição” (HC 49.526 — Oswaldo Cruz, Câms. Crims. Conjs. do primitivo TASP, em 3-12-1964, v. un.)²⁵.

Cremos que essa é a posição correta.

2.^a) *O lapso prescricional da pretensão executória (prescrição da condenação) é interrompido pela sentença condenatória irrecorrível que reconhece o novo crime e não pela sua prática.*

24. RT, 326:105.

25. RT, 374:290.

Para essa corrente, a prática de novo crime após sentença condenatória irrecorrível em razão de crime anterior não tem o efeito de interromper o prazo prescricional da execução da sanção penal. Isso somente ocorre quando durante o prazo da prescrição da pretensão executória surge nova sentença condenatória em razão de crime praticado após o trânsito em julgado da decisão condenatória que apreciou o delito anterior. Nos termos do que dispõe o art. 63 do CP, a reincidência se verifica quando o agente *comete novo crime* depois de sentença condenatória irrecorrível por delito anterior. Ora, afirmam os partidários dessa posição, somente fica positivado que o agente *cometeu novo crime* quando este é reconhecido na nova sentença. A se entender de maneira diversa, poderia ocorrer que, interrompida a prescrição pela prática do fato típico, viesse o agente a ser absolvido por não ter praticado crime, o que lhe causaria enorme prejuízo em relação à prescrição da pretensão executória referente ao crime anterior. Diante disso, a interrupção não ocorre na data em que é proferida ou publicada a nova sentença, mas na data em que se torna irrecorrível²⁶.

Para que a reincidência interrompa a prescrição é necessário que a segunda sentença expressamente a tenha reconhecido.

Cremos incorreta essa posição.

A reincidência somente interrompe o prazo prescricional da pretensão executória, sendo inaplicável à prescrição da pretensão punitiva (CP, art. 109; STF, *RTJ*, 50:553). Nesse sentido, a Súmula 220 do STJ: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”.

No caso de coautoria ou participação, salvo as hipóteses de reincidência e de início ou continuação do cumprimento da pena, que são de natureza pessoal, a interrupção da prescrição produz efeito relativamente a todos os participantes do crime (art. 117, § 1.º, 1.ª parte). Ex.: processados dois coautores de um crime, um vem a ser condenado; o outro, absolvido. O Ministério Público apela, visando à condenação do absolvido. A sentença condenatória proferida em relação a um dos réus interrompe o prazo prescricional no tocante ao outro (CP, art. 117, IV).

Tratando-se de crimes conexos, objetos do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção da prescrição relativa a qualquer deles (art. 117, § 1.º, 2.ª parte).

Ex.:

O réu, processado por dois crimes em conexão, em um só processo, vem a ser condenado por roubo e absolvido da imputação de furto. O Pro-

26. *RT*, 353:313.

motor Público apela da decisão, pretendendo a agravação da pena imposta pelo roubo e a condenação pelo furto. A sentença condenatória recorrível no tocante ao roubo interrompe o prazo de prescrição em relação ao furto (CP, art. 117, IV).

17. CRIMES FALIMENTARES

A vigente Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005) estabelece que a prescrição dos delitos nela previstos rege-se pelas disposições do Código Penal, “começando a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial” (art. 182, *caput*, da Lei). Quanto à interrupção do prazo prescricional, o parágrafo único do art. 182 determina que “A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial”.

18. CRIMES DE IMPRENSA

Nos termos do art. 41, *caput*, da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9-2-1967), a prescrição da pretensão punitiva (da ação) ocorria “2 anos após a data da publicação ou transmissão incriminada”, e a da pretensão executória (da condenação) “no dobro do prazo em que for fixada” a pena. No caso de periódicos que não indicavam data, o prazo prescricional da pretensão punitiva começava a correr do último dia do mês ou outro período a que correspondesse a publicação (§ 3.º).

Antes de transitar em julgado a sentença final, qualquer que fosse a qualidade ou quantidade da pena, o prazo prescricional era sempre o mesmo: dois anos, sujeitando-se a eventuais causas suspensivas e interruptivas. Transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação (CP, art. 112, I), o prazo prescricional da pretensão executória (da execução da pena, da condenação) era o dobro da pena imposta.

Deve-se advertir que o Supremo Tribunal Federal considerou a Lei n. 5.250, de 1967, incompatível com o regime constitucional vigente e, por esse motivo, retirou-a do ordenamento jurídico quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130. Com a decisão, os delitos praticados por meio da imprensa (isto é, dos órgãos de comunicação social) passaram a ser regidos pelas normas gerais do CP e do CPP. Significa dizer que, em termos de prescrição (da pretensão punitiva ou

executória), tais infrações penais ficam submetidas ao regramento dos arts. 109 e s. do CP.

19. CRIMES CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL

De acordo com o art. 7.º da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170, de 14-12-1983), em sua aplicação deve ser observado, no que couber, o disposto na Parte Geral e, subsidiariamente, na Parte Especial do CP Militar.

O art. 6.º, IV, da lei referida determina que a extinção da punibilidade ocorre pela prescrição. Dessa forma, o prazo prescricional da pretensão punitiva, em se tratando de crime contra a Segurança Nacional, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (CP Militar, art. 125), enquanto a prescrição da pretensão executória deve ser considerada em face da pena concreta (art. 126 do mesmo estatuto).

20. CRIMES MILITARES

Nos termos do art. 124 do CP Militar (Dec.-lei n. 1.001, de 21-10-1969), “a prescrição refere-se à ação ou à execução da pena”. O dispositivo prevê a prescrição da pretensão punitiva (da ação, da aspiração à punição) e a prescrição da pretensão executória (da condenação).

A prescrição da pretensão punitiva, em regra, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade (art. 125). Excepcionalmente, sobrevivendo sentença condenatória com recurso exclusivo do réu, regula-se pela pena imposta, iniciando-se na data de sua publicação (art. 125, § 1.º, 1.ª parte). A prescrição retroativa foi expressamente adotada, desde que somente o réu tenha recorrido, devendo “ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5.º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente” (§ 1.º, 2.ª parte). O § 5.º do mesmo artigo reza que o curso da prescrição da pretensão punitiva interrompe-se pela instauração do processo e pela sentença condenatória recorrível.

O prazo prescricional da pretensão executória deve ser considerado em face da pena imposta na sentença (art. 126).

Cuidando-se de pena de morte, o prazo prescricional é de trinta anos (art. 125, I).

Tratando-se de tentativa de crime punido com a morte, esta corresponde à reclusão por trinta anos (art. 81, § 3.º). De modo que, para efeito de prescrição, deve-se tomar em consideração a pena de trinta anos diminuída

de um terço (vinte anos), ocorrendo em vinte anos (art. 125, II). É certo que em alguns casos o juiz pode aplicar ao autor da tentativa a pena do crime consumado (art. 30, parágrafo único, parte final). Isso, entretanto, não altera o prazo prescricional, uma vez que, seja a pena de vinte, seja de trinta anos, o prazo é o mesmo (vinte anos, nos termos do art. 125, II).

21. CRIMES ELEITORAIS

O Código Eleitoral, no Título “Disposições penais”, não traz nenhuma disciplina a respeito da prescrição. Diante disso, devem ser aplicados ao tema os dispositivos do CP, nos termos do art. 10, que determina a incidência das regras gerais do estatuto penal à legislação especial, desde que ela não disponha de modo diverso (art. 287 do Código Eleitoral).

22. CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE

O art. 6.º, § 3.º, da Lei n. 4.898, de 9-12-1965, que define os delitos de abuso de autoridade, comina penas alternativas ou cumulativas de multa, privativa de liberdade, perda do cargo público e inabilitação para o exercício de função. Como a prescrição da pretensão punitiva deve ser regulada pelo máximo abstrato da pena privativa de liberdade e, na espécie, como este é inferior a um ano, verifica-se que o prazo prescricional, antes de transitar em julgado a sentença final (CP, art. 109), decorre em dois anos (inc. VI). Quanto à prescrição da pretensão executória, deve ser aplicado o disposto no art. 110 do CP, regulado o prazo pela pena imposta na sentença condenatória. Como a pena mínima é de dez dias de detenção, ainda que haja concurso material, dificilmente a sanção alcançará quantidade de um ano ou mais de privação da liberdade, pelo que, em regra, o prazo prescricional da pretensão executória será de dois anos. Quanto às outras penas, o prazo prescricional é também de dois anos.